Zur Auslegung der §§ 74 und 75 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Alexander Hartte

aus Tiefensee.

Referendar am kgl. Amtsgericht in Halle a. S.

Approbiert am 27. Juli 1907.

Magdeburg

Julius Brückner

1909.

200

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0108

Inhaltsverzeichnis.

1. Abschnitt: Einleitung.

I. Konkurrenzverbot und Konkurrenzklausel . . . . 1— 2
II. Geschichtlicher Ueberblick:
A. Die Konkurrenzklausel in Theorie und Praxis bis zum neuen H.-G.-B. . . . . 3—15
B. Die Entstehung der §§ 74 und 75 des H.-G.-B. 15—20

2. Abschnitt. Auslegung der §§ 74 und 75 des H.-G.-B.

I. Begriff der Konkurrenzklausel . . . . . 21—34
II. Beschränkung der Konkurrenzklausel nach Zeit, Ort und Gegenstand . . . . . 35—46
III. Mit Minderjährigen und Entmündigten abgeschlossene Konkurrenzklauseln . . . . . 46—57
IV. Unverbindlichkeit der Konkurrenzklausel:
A. Bei vertragswidrigem Verhalten des Prinzipals gemäß §§ 70, 71 H.-G.-B. . . . . 58—70
B. Bei Kündigung des Prinzipals, außer:
1. bei unverschuldetem erheblichen Anlaß, . . 70—74
2. bei Gehaltsfortzahlung während der Dauer der Beschränkung . . . . . 74—83
V. Die Verletzung der Konrurrenzkausel, ihre Folgen sowie ihre prozessuale Geltendmachung: . . . . 84—103
A. Eine Vertragsstrafe ist vereinbart . . . . . 89— 98
B. Eine Vertragsstrafe ist nicht vereinbart . . . 98—103
IV. Rückwirkende Kraft der §§ 74, 75 H.-G.-B. . 103—106

Anhang.

1. Konkurrenzklausel und Handlungslehrling . . . 107—108
2. Konkurrenzklausel und Kaufmannsgerichte . . . 108—114

Literaturverzeichnis.

(Die Zitierweise ist in Klammern beigefügt.)

Affolter, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechtes. Leipzig 1903.

Anschütz und **v. Völderndorff,** Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. I Erlangen 1868, Bd. III Erlangen 1874.

M. Apt, Reichsgesetz betr. Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904. 3. Aufl. Berlin 1904.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Örtmann. Berlin. (Arch. f. b. R.)

Archiv für die zivilistische Praxis. Freiburg i. Br. und Leipzig, später Tübingen und Leipzig. (Arch f. d. z. Pr.)

Baron, die sozialpolitischen Bestimmungen des neuen H. G. B.. in D. J. Z. 1897 S. 249 ff.

Berend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I Abt. I Berlin und Leipzig 1886, Abt. II Berlin 1896.

Bewer, Beginn der Gerichtsbarkeit der Kaufmannsgerichte in D. J. Z. 1905 S. 207.

Biberfeld, Kommentar zum Gesetz betr. die Kaufmannsgerichte. Hamburg 1904.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. Jena. (Bl. f. Rspfl. i. Th.)

H. Böhm, das neue Recht des Handlungsgehülfen vom 1. I. 1898 an. Frankfurt a. O. 1897.

Bolze, die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgem. deutschen Handelsrechts. Berlin.

G. Cohn, das Recht des Handlungsgehülfen auf Herabsetzung der Vertragsstrafe in der Zeit vom 1. I. 1898 bis 1. I. 1900, in D. J. Z. 1897 S. 443 ff. (Cohn.)

J. Conrad, Grundriß zum Studium der politischen Ökonomie, I. Teil, Nationalökonomie, 4. Aufl. Jena 1902.

K. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. Stuttgart 1903.

W. Cuno, das Recht der Handlungsgehülfen nach dem B. G. B., dem H. G. B. und der Gewerbeordnung. Berlin-Gr. Lichterfelde 1901.

Danziger, das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1900.

H. Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. Bd. II Abt. 1. Halle a. S. 1899.

Deutsche Juristenzeitung. Berlin.

K. Dickel, Bemerkungen zu dem Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. Berlin 1897.

H Dove, das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1900.

A. Düringer und **M. Hachenburg,** des Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. I. Mannheim 1899. (Düringer-Hachenburg.)

F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1. und 2. Teil, 8. Aufl. Berlin 1901.

A. Engelmann, das deutsche Handels-, Wechsel- und Seerecht. Berlin 1899.

Entscheidungen des Königlichen Geheimen Obertribunals. Berlin. (O. T.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Leipzig. (R. G.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Stuttgurt (R. O. H. G.)

Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift. Aufgestellt im Reichsjustizamt. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896. (Entwurf I des H. G. B.)

O. Fischer und **W. Henle,** Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 6. Aufl. München 1904. (Fischer-Henle.)

H. Frankenburger, Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. München 1902.

H. Fravi, die Konkurrenzklausel des Handlungsgehülfen nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Leipziger Dissertation. Leipzig 1903.

E. Friedberg, die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reiches. 7. Aufl. Leipzig 1904.

W. Fromm, die Konkurrenzklausel des Handlungsgehülfen. Dissertation. Königsberg i. Pr. 1905.

L. Fuld, das Recht der Handlungsgehülfen. Hannover 1897. (Fuld.)

K. Gareis, das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. Berlin 1903. (Gareis, Handels-R.)

K. Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. 3. Aufl. München 1905. (Gareis, H. G. B.)

Gesetzsammlung für die Königlichen Preußischen Staaten. (Ges. S.)

Das Gewerbegericht, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbegerichte, herausgegeben von Jastrow und Flesch, Berlin und Frankfurt. Vom 11. Jahrgang ab: „Gewerbe- und Kaufmannsgericht." (zit.: „Gewerbegericht" bzw. „Gewerbe- und Kfmsgericht.")

O. Gierke, Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches in G. Z. Bd. 45 (1896) S. 441 ff. (Gierke in G. Z.)

O. Gierke, der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches. Vortrag. Dresden 1897. (Gierke, Vortrag.)

S. Goldmann, das H. G. B. vom 10. 5. 1897. Bd. I. Berlin 1901.

W. Gräf, die Kaufmannsgerichte. Leipzig 1904.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Berlin.

Gutsche, Rechtsverhältnisse des Handels. 5 Vorträge. Magdeburg 1905.

Haase, der Handlungsgehülfe und sein Chef. 2. Aufl. Berlin 1898.

Habicht, die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. Jena 1901.

W. Hahn, das deutsche Handels- und Seerecht. 2. Aufl. Berlin 1905. (Hahn, Handels-R.)

v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl., Braunschweig 1894; Bd. II, 2. Aufl., daselbst 1875. (Hahn, Kommentar.)

C. Hahn und **B. Mugdan,** die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum H. G. B. Berlin 1897. (Hahn-Mugdan.)

Ed. Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Berlin 1900.

H. Helmecke, der Begriff des Minderkaufmanns. Leipziger Dissertation. Magdeburg 1906.

Hölder, die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe im Recht 1900 S. 161 ff.

P. Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen. 7. Jahrgang. Berlin 1898.

H. Horrwitz, das Recht der Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge. 1. Aufl., Berlin 1897; 2. Aufl., Berlin 1905. (zit. nur 2. Aufl. Horrwitz.)

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins. Berlin. (J. W.)

Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung. Hannover. (Kfmann.)

Kaufmann, die wesentlichen Unterschiede des alten und neuen H. G. B. Magdeburg 1901.

W. Klemm, das Recht des Handlungsreisenden. Dissertation. Leipzig 1905.

H. Könige, H. G. B. vom 10. 5. 1897. Berlin 1899.

J. Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht. Mannheim 1883. S. 63 ff.: No. 3, Vertragsmäßige Beschränkungen des Gewerbebetriebes. (Kohler, Ges. Abh.)

Die Konkurrenzklausel, eine Rechtsfrage, herausgegeben von W. Pietsch. Hagen i. W. 1903.

A. Korn, das neue H. G. B. für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1901.

O. Kreß, die rechtliche Stellung des Handlungsreisenden. Dissertation Leipzig 1903.

Kuhlenbeck, Kommentar zum B. G. B. Bd. I. Berlin 1899.

R. v. Landmann und **G. Rohmer,** Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. München 1903. 2 Bde. (Landmann-Rohmer.)

Lehmann, die zeitliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des neuen H. G. B., in G. Z. Bd. 48, Stuttgart 1899, S. 1 ff. (Lehmann in G. Z.)

K. Lehmann und **V. Ring,** das H. G. B. für das Deutsche Reich. Bd. I. Berlin 1902. (Lehmann-Ring).

A. Lemberg, Vertragsmäßige Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit. Dissertation. Breslau 1888.

R. Lipinski, das Recht und der Rechtsweg der Handlungsgehülfen. Leipzig 1904.

F. Litthauer und **A. Mosse,** Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin 1905. (Litthauer-Mosse.)

J. Lubszynski, das neue H. G. B. Hamburg 1896.

H. Makower, H. G. B. mit Kommentar, herausgegeben von F. Makower. 13. Aufl. Bd. I. Berlin 1906.

H. Makower und **V. Simon,** Beiträge zur Beurteilung des Entwurfes eines H. G. B. Berlin 1896. (Makower-Simon.)

Markus, Einfluß nichtiger Einzelabreden auf die Wirksamkeit kaufmännischer Engagementsverträge, in D. J. Z. 1899 S. 417 ff. (Markus.)

Markus, die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe, im Recht 1900 S. 214. (Markus im R.)

L. Moses, das Recht der Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge nach dem neuen H. G. B. mit besonderer Berücksichtigung der Zeit vom 1. I. 1898 bis 31. XII. 1899. Breslau 1897.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888. Amtliche Ausgabe. (Mot. z. Entw. eines B. G. B.)

Müller und **Meikel,** das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. Bd. I. 2. Aufl. München 1904. (Müller und Meikel.)

Mugdan und **Falkmann,** die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig. (R. O. L. G.)

Neukamp, die Reichsgewerbeordnung. 4. Aufl. Berlin 1901.

H. Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I. 4. Aufl. Berlin 1905. (Neumann, B. G. B.)

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts. (Neumann.)

E. Oberländer, die Konkurrenzklausel in Verträgen mit Handlungsgehülfen vor und nach dem Jahre 1898. Freiburger Dissertation. München 1903.

Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

M. Pabst, Grundriß des Handelsrechts. Berlin 1906.

M. Pappenheim, das neue deutsche H. G. B., in G. Z. Bd. 46 (1897) S. 375 ff. (Pappenheim.)

H. Pilz, der neue Entwurf des deutschen H. G. B. im Vergleich zum jetzt geltenden Rechte. Vorträge. Leipzig 1896. (Pilz, Entwurf.)

H. Pilz, der Prinzipal und seine Angestellten in ihren gegenseitigen Rechten und Pflichten. Leipzig 1898. (Pilz.).

Planck, B. G. B. nebst Etnführungsgesetz:
Bd. I, 3. Aufl. Einleitung und Allg. Teil. Berlin 1903.
Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse. 1.—2. Aufl. Berlin 1900.
Bd. II, 2. Lieferung. 3. Aufl. Berlin 1907.
Bd. VI. Einführungsgesetz, 1.—2. Aufl. Berlin 1901.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Nürnberg 1857—1858. Protokoll 46—176.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B. G. B., herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn. Bd. I. Berlin 1897. (Prot. d. II. Lesung.)

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover. („Recht" oder „R").

H. Rehbein, das B. G. B. mit Erläuterungen. Bd. II. Berlin 1902. (Rehbein.)

H. Rehbein, die Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals auf dem Gebiete des Zivilrechts. 1874—1895. (Rehbein, Entsch.)

O. Reinshagen, die Konkurrenzklausel des Handlungsgehülfen. Leipzig 1903.

W. Renger, die Beurteilung von Konkurrenzklauseln unterm Recht der §§ 74, 75 des H. G. B. v. 10. Mai 1897. Dissertation. Leipzig 1903.

J. Rießer, Zur Revision des H. G. B. I. Abt. Beilage zu Bd. 33 von G. Z. Stuttgart 1887.

K. Ritter, die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900. (Ritter).

K. Ritter, die Konkurrrenzklausel im neuen Recht, in D. J. Z. 1902 S. 349 ff. (Ritter in D. J. Z. 1902.)

H. Roßner, die Konkurrenzklausel des Handlungsgehülfen. Borna-Leipzig 1905.

O. Rudorff, H. G. B. vom 10. 5. 1897. Stuttgart 1898.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Leipzig. (Sächs. Arch.)

Scherer, Einführungsgesesetz zum B. G. B. Erlangen 1900.

O. Schilling, die Konkurrenzklausel, ihr Wesen und ihre Bedeutung. Ein Vortrag. Hamburg 1906.

J. A. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München und Leipzig. (Seuff. Arch.)

Sörgel, Rechtsprechung zum B. C. B. u. s. w. Stuttgart.

v. Specht, die praktische Geltung des B. G. B. vom 1. I. 1898 an, in D. J. Z. 1897 S. 261.

R. Stammler, die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin 1902. (Stammler.)

R. Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897. (Stammler, Schuldverh.)

H. Staub, Kommentar zum Allg. deutschen Handelsgesetzbuch. Berlin 1893 mit Supplement von 1897.

H. Staub, Kommentar zum H. G. B. Bd. I. 8. Aufl., herausgegeben von Könige, Stranz und Pinner, Berlin 1906; Bd. II, 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900. („Staub" bezw. „Staub II.")

H. Staub, Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines H. G. B. Vortrag, gehalten auf dem deutschen Anwaltstage in Berlin vom 12. 9. 1896. Berlin 1896. (Staub, Entwurf.)

H. Staub, das Recht der Handlungsgehülfen in der Zeit von 1. I. 1898 bis 1. I. 1900 in D. J. Z. 1897 S. 333 ff. (Staub in D. J. Z.)

J. v. Staudinger, Kommentar zum B. G. B.:
Bd. II, a: Recht der Schuldverhältnisse, allgem. Teil. 2. Aufl. München 1906, von Kuhlenbeck. (Staudinger.).
Bd. VI, Einführungsgesetz, von Wagner. München 1900. (Wagner bei Staudinger.)

H. Steiner, die Konkurrenzklausel nach dem neuen H. G. B. Stuttgart 1898.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Kgl. Obertribunals. Berlin. (Striethorst.)

R. Sydow und **L. Busch,** Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. 9. Aufl. Berlin 1901. (Sydow-Busch.)

A. Tiedemann, das gesetzliche Konkurrenzverbot und die Kokurrenzklausel des Handlungsgehülfen nach dem neuen H. G. B. Leipzig 1904.

Verhandlungen des 23. deutschen Handelstages zu Berlin am 15.–16. Oktober 1896. Stenogr. Bericht. Berlin 1896.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse in bürgerlichen Rechten, im Arch. f. d. z. Pr. Bd. 92, Tübingen und Leipzig 1902, S. 1 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes. Bd. 2, 8. Aufl., herausgegeben von Kipp. Frankfurt a. M. 1900. (Windscheid-Kipp.)

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht von Goldschmidt, Hahn, Keyßner, Laband und Sachs. Stuttgart. (G. Z.)

Gebrauchte Abkürzungen.

A. D. H. G. B. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.
H. G. B. = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.
G. V. G. = Gerichtsverfasungsgesetz.
Z. P. O. = Zivilprozeßordnung.
K. G. G. = Kaufmannsgerichtsgesetz.
G. G. G. = Gewerbegerichtsgesetz.
c. c. = code civil.
E. G. = Einführungsgesetz.
A. G. = Appellationsgericht.
O. A. G. = Oberappellationsgericht.
ob. L. G. = oberstes Landesgericht.
O. L. G. = Oberlandesgericht.
R. G. = Reichsgericht.
R. G. Bd. . . . = Entscheidungen des Reichsgerichts Bd . .
L. G. = Landgericht.
K. f. H. = Kammer für Handelssachen.
K. G. = Kammergericht.
K. G. mit Zusatz einer Stadt = Kaufmannsgericht.
a. M. = anderer Meinung.
a. a. O. = am angeführten Orte.

I. Abschnitt.

Einleitung.

I. Konkurrenzverbot und Konkurrenzklausel.

In der neueren Judikatur und Gesetzgebung macht sich das Bestreben geltend, auf den wirtschaftlichen Konkurrenzkampf Einfluß zu gewinnen, zu bewirken, daß in diesem Kampfe gewisse, besonders verderbliche oder verwerfliche Mittel nicht zur Anwendung gebracht werden, und dahin zu wirken, daß in diesem Kampfe dem einzelnen ein gewisses Maß freier Bewegung bewahrt werde[1]). In diese Gedankenreihe gehören auch die Rechtssätze der §§ 74 und 75 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897. Sie füllen mit diesem Bestreben eine Lücke des alten Handelsgesetzbuches aus, die sich, wie wir unten sehen werden, außerordentlich fühlbar gemacht hatte. Die auf diesem Gebiete zu Tage getretenen Mißbräuche einerseits, die Schwankung der Rechtsprechung andererseits verlangten gebieterisch eine gesetzliche Regelung dieser Materie.

In den §§ 74 und 75 des H.-G.-B. werden den durch Vereinbarung zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen festgesetzten Beschränkungen der gewerblichen Tätigkeit des Handlungsgehülfen für die Zeit *nach* der Beendigung des Dienstverhältnisses gesetzliche Schranken gezogen. Hierüber schwieg das alte Handelsgesetzbuch. Der Umfang der Beschränkungen *während* des Dienstverhältnisses war bereits in Art. 59 des alten Handelsgesetzbuches gesetzlich festgelegt, der in den §§ 60 und 61 des neuen H.-G.-B. nur hinsichtlich einiger Punkte eine präzisere Fassung erhalten hat.

[1]) Dr. Gustav Walker in G. Z. Bd. 55 S. 581 ff. Stuttgart 1904 Besprechung von Reinshagens Schrift.

Es muß also hervorgehoben werden, daß die Bestimmungen der §§ 60, 61 H.-G.-B. schon dem alten Rechte angehörten, während die §§ 74 und 75 H.-G.-B. etwas wesentlich Neues gebracht haben.

Beide Arten der Beschränkung hat man technisch als „Konkurrenzverbote" bezeichnet, und zwar jene als gesetzliche, diese als vertragliche. Zu den vertraglichen hat man auch diejenigen zu rechnen, die zwischen selbständigen Gewerbetreibenden geschlossen werden. Da sich die vertraglichen Konkurrenzverbote in der Regel als Klausel an einen Vertrag anlehnen, hat man sie mit dem charakteristischen und zugleich kürzeren Namen „Konkurrenz*klauseln*" belegt, während die gesetzlichen Konkurrenzverbote schlechthin unter „Konkurrenz*verboten*" verstanden werden.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich nur mit den §§ 74 und 75 des H.-G.-B., also mit der sog. Konkurrenzklausel, soweit sie den Handlungsgehülfen betrifft.

Im Folgenden soll zunächst ein Ueberblick über die Theorie und Praxis der Konkurrenzklausel vor ihrer gesetzlichen Regelung gegeben werden. Es folgt die Entstehungsgeschichte der §§ 74 und 75 H.-G.-B. Daran schließt sich die eigentliche Ausführung des Themas. Die Disposition lehnt sich eng an die Gesetzesworte an.

Die Arbeit will sich nur mit der Auslegung der genannten Paragraphen befassen; dagegen soll ganz außer Betracht bleiben, ob und warum de lege ferenda eine vollständige Beseitigung der Konkurrenzklauseln anzustreben ist[1]).

---

[1]) vgl. darüber ausführlich die Schrift von Max Koslowski: „Die Konkurrenzklausel der Handlungsgehülfen". Hamburg 1906. (Zit. Koslowski).

II. Geschichtlicher Ueberblick.

A. Die Konkurrenzklausel in Theorie und Praxis bis zum neuen Handelsgesetzbuch.

Der Zweck der zwischen Prinzipal und Angestellten abgeschlossenen Konkurrenzklauseln besteht darin, sich eine eventuelle Konkurrenz seiner bisherigen Angestellten fern zu halten.

Im römischen Recht war dieser Zweck auf einfache Weise zu erreichen, so daß es keiner vertraglichen Abmachungen zwischen Prinzipal und Angestellten bedurfte. Wohl bestand in Rom im Prinzip die Gewerbefreiheit, aber nur für Freie. Der Unfreie hatte daran keinen Teil. Die Angestellten eines römischen Kaufmanns waren durchweg Sklaven oder Haussöhne desselben, also Unfreie, deren Dienstpflicht auf der dominica oder patria potestas beruhte. Solange dieselben in diesem Gewaltverhältnis zu dem Kaufmann standen, war eine Konkurrenz von ihrer Seite ausgeschlossen. Hatte jedoch der Hausherr für die Zukunft eine solche, sei es von einem freigelassenen oder in die Gewalt eines anderen übergegangenen Sklaven, sei es von einem emanzipierten Haussohne, zu befürchten, so brauchte er den Sklaven nicht aus seiner Gewalt zu entlassen und den Haussohn nicht zu emanzipieren. Aus diesem Grunde erscheinen Konkurrenzklauseln für das römische Recht überflüssig.

Das deutsche Recht erkannte das Prinzip der Gewerbefreiheit nicht an. In seinen Einrichtungen der Zünfte und Gilden bot es soviel gesetzliche Hindernisse zur Ausschließung jeder Konkurrenz, ja durch Gewährung von Bannrechten schloß es eine solche überhaupt

von vornherein aus, so daß sich in dieser Zeit für Konkurrenzklauseln kein Plätzchen bot[1]).

Dieser Zustand änderte sich naturgemäß mit der Einführung der Gewerbefreiheit. Die bisherigen Schranken fielen und einem jeden stand frei, seinem bisherigen Prinzipal nach Belieben Konkurrenz zu machen. Da lag es auf der Hand, daß der Prinzipal versuchte, seine Angestellten im Wege des Vertrages zur Konkurrenzenthaltung zu verpflichten.

Um eine allgemeine Uebersicht über die historische Entwicklung der Verträge, durch die die Gewerbefreiheit beschränkt wird, zu erhalten, empfiehlt es sich, diese historische Darstellung auf alle Verträge über Beschränkung der Gewerbefreiheit, auch auf die zwischen selbständigen Kaufleuten abgeschlossenen, auszudehnen.

Den Anfang mit der Einführung der Gewerbefreiheit machte Frankreich, indem es in dem Gesetz vom 17. Juni 1791 einem jeden, der die Gebühr für einen Gewerbeschein entrichtete, das Recht zuerkannte, ein Gewerbe zu betreiben[2]).

In Deutschland vollzog sich diese Einführung sehr langsam. Nur für Preußen läßt sich eine raschere Entwickelung an der Hand der Gesetze und der Rechtsprechung feststellen.

Den Anfang machte in Preußen die „Geschäftsinstruktion für die Regierungen in sämtlichen Provinzen" vom 26. Dezember 1808[3]). Hierin wurden die Grundsätze für die künftige Gesetzgebung auf dem Gebiete der Gewerbefreiheit angegeben.

In Verfolg dieser Instruktion führte das Edikt vom 2. November 1810 über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer[4]) die Gewerbefreiheit ein. § 1 verpflichtet einen jeden, der sein bisheriges Gewerbe fortsetzen oder ein neues unternehmen will, einen Gewerbeschein darüber zu lösen. Nach §§ 2 und 16 gibt der Gewerbeschein demjenigen, auf dessen Namen er ausgestellt ist, das Recht: „in dem ganzen Umfange unserer Staaten, sowohl in den Städten, als auch auf dem platten Lande, das in demselben be-

[1]) Das Vorstehende ist entnommen aus Lemberg S. 9 ff; vgl. Ausführlicheres daselbst sowie bei Reinshagen S. 5 ff. und Fromm S. 12 ff.

[2]) Roßmer S. 4.

[3]) Ges.-S. 1806—1810. S. 481.

[4]) Ges.-S. 1810. S. 79.

nannte Gewerbe und auf die bestimmte Zeit zu treiben, und von den Behörden dabei geschützt zu werden." „Keiner Korporation und keinem einzelnen steht ein Widerspruchsrecht zu." (§ 17). Damit war das preußische Recht einen bedeutenden Schritt auf der von Adam Smith längst gewünschten Linie zur Befreiung des Handels und Gewerbes „von den mittelalterlichen Schranken" vorgedrungen[1]).

Zu diesem Gesetz ergingen dann noch nährere Bestimmungen in dem Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe, in Bezug auf das Edikt vom 2. Nov. 1810, vom 7. Sept. 1811[2]).

Zur Beseitigung der nun entstandenen Zweifel, ob vertragliche Beschränkungen der Gewerbefreiheit mit diesen Gesetzen in Einklang zu bringen seien, erging die allerhöchste Kabinetsordre vom 19. April 1813, betr. die zwischen verschiedenen Kontrahenten bestehenden Verträge, welche die gesetzlich gegebene Gewerbefreiheit beschränken. Dieselbe besagt[3]):

„Insofern zwischen verschiedenen Kontrahenten Verträge bestehen, welche die gesetzlich gegebene Gewerbefreiheit beschränken oder hindern, kommt es bei Beurteilung ihrer Gültigkeit darauf an, ob sie vor der Publikation des Gewerbesteuereditkes vom 2. November 1810 oder erst nach derselben geschlossen worden sind. Im letzten Falle sind sie gegen die Bestimmungen eines allgemeinen Landesgesetzes errichtet und also dergestalt nichtig, daß daraus keine Klage desjenigen Kontrahenten, der dadurch Rechte erlangt zu haben glaubt, von einem Meiner Gerichtshöfe angenommen werden darf . . ." Hieraus folgerte das Obertribunal in Berlin, daß Konkurrenzbeschränkungsverträge, die nach dem 2. November 1810 geschlossen sind, im Gegensatz zu den vorher geschlossenen unzulässige Beschränkungen der gesetzlich gegebenen Gewerbefreiheit enthielten und deshalb als

---

[1]) vgl. Conrad S. 319.

[2]) Ges.-S. 1811 S. 263. Mir liegen 2 Exemplare dieser Ges.-S. vor. In dem einen datiert dieses Gesetz in der Ueberschrift, wohl infolge eines Druckfehlers, vom 28. 10. 1810, während die Unterschrift das richtige Datum zeigt.

[3]) Ges.-S. 1813 S. 69.

nichtig zu behandeln seien[1]) und daß die in solchen Verträgen für den Uebertretungsfall versprochenen Konventionalstrafen unklagbar seien[2]).

Hierbei ist zu beachten, daß nach § 16 des Edikts vom 2. 11. 1810 die Gewerbefreiheit nur den selbständigen Gewerbetreibenden garantiert war. Vereinbarungen, durch welche die unselbständige Tätigkeit für ein Konkurrenzgeschäft untersagt wurde, verstießen also nicht gegen die Kabinetsordre vom 19. 4. 1813. Mit unselbständigen Gehülfen konnte also der Prinzipal Konkurrenzbeschränkungsverträge rechtsgültig abschließen[3]).

Mit Recht weist Reinshagen[4]) auf die mit dem jetzigen Recht und den modernen sozialen Bestrebungen ganz unvereinbare Konsequenz hin, daß der Prinzipal einen vermögenden Gehülfen, von dem er die Errichtung eines Konkurrenzgeschäftes zu erwarten hatte, in dieser Beziehung in keiner Weise beschränken konnte, während er gerade einen wirtschaftlich schwachen Gehülfen, bei dem nur eine unselbständige Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäft in Frage kommen konnte, in weitgehender Weise in seinem Fortkommen behindern durfte.

Dieser Zustand erstreckte sich natürlich nur auf die Gebiete, in denen das Edikt vom 2. Nov. 1810 und die Kabinetsordre vom 19. April 1813 Gesetzeskraft erlangt hatten. So erklärt es sich, daß verschiedene Entscheidungen des Obertribunals über dieselbe Streitfrage abweichen[5]). Ebenso wurden alle Beschränkungen für gültig erachtet, die dahin gingen, den Betrieb eines bestimmten

---

[1]) vgl. O.-T. Bd. 8 S. 112 No. 9 v. 5. 12. 1842; Bd. 33 S. 451 No. 61 v. 3. 6. 1856 (bei Rehbein, Entsch; Striethorst Bd. 21 S. 251 No. 64); Bd. 39 S. 29 v. 1. 10. 1858 zit. bei Rehbein, Entsch; Striethorst Bd. 11 S. 238 No. 52 v. 17. 1. 1854; ders. Bd. 48. S. 282 No. 69 v. 31. 3. 1863; ders. Bd. 52 S. 229 No. 57 vom 5. 2. 1864;

[2]) O. T. Bd. 11 S. 197 No. 6 v. 17. 2. 1844; Striethorst Bd. 11 S. 238 No. 52 vom 17. 1. 1854.

[3]) Striethorst Bd. 11 S. 238 (wie unter [2]); G.-Z. Bd. 8 S. 162 No. 15 O. A. G. Lübeck v. 23. 6. 1859.

[4]) S. 8.

[5]) Striethorst Bd. 47 S. 103 No. 25 v. 23. 10. 1862; Bd. 11 S. 238 No. 52 v. 17. 1. 1854.

Gewerbes auf einem bestimmten Grundstücke zu verbieten[1]). Solche Verträge sah die Praxis nicht als Einschränkungen der persönlichen oder der gewerblichen Freiheit an, sondern als dingliche Belastungen des Grundstücks.

Die preußische Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845[2]) änderte auch nichts an den bestehenden Verhältnissen. Sie enthielt kein Verbot vertragsmäßiger Beschränkungen der Gewerbefreiheit. Sie enthielt aber ebensowenig eine unbeschränkte Freigabe des Gewerbebetriebes; denn sie gab sehr viele im öffentlichen Interesse erlassene öffentlich rechtliche Beschränkungen. Auch führte sie das Prinzip der Gewerbefreiheit nicht ausdrücklich ein. Da diese Gewerbeordnung für ganz Preußen galt, war zunächst das Verhältnis derselben zu der Kabinetsordre vom 19. 4. 1813 zu prüfen. Je nach der Stellungnahme fielen die Entscheidungen des Obertribunals aus. Aber es war ferner zu berücksichtigen, daß die Gewerbeordnung für ganz Preußen galt, während die Kabinetsordre nur für einen Teil Gesetzeskraft hatte. Teilweise mußten sich also die Entscheidungen nur auf die Gewerbeordnung von 1845, teilweise aber auch auf die Kabinetsordre vom 19. 4. 1813 stützen. Auf jeden Fall blieb aber damit die Frage offen, ob die Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845 Vereinbarungen wie die Konkurrenzklauseln zuließ.

Lag trotz dieser Verschiedenheiten in Preußen diesen Entscheidungen immerhin ein gewisses System zu Grunde, so herrschte im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung bei den nichtpreußischen Gerichten ein buntes Durcheinander. Sie sahen die vertraglichen Konkurrenzbeschränkungen bald als zulässig[3]), bald als nichtig an, weil sie gegen die Zwecke der Gewerbegesetze verstießen[4]).

Erst die Einführung der Bundesgewerbeordnung vom 21. Juni 1869[5]) (seit 16. April 1871 Reichsgewerbeordnung) rief eine Umwälzung in der Ansicht des Obertribunals hervor.

---

[1]) Striethorst Bd. 4 S. 187 No. 40 v. 17. 12. 1851; Bd. 12 S. 101 No. 23 v. 3. 2. 1854; Bd. 88 S. 139 No. 19 v. 14. 2. 1873 (Busch Bd. 31 S. 296).

[2]) Ges.-S. 1845 S. 41.

[3]) Seuff. Arch. Bd. 2 No. 272 O.-A.-G. Kassel v. 5. 10. 1844 „nie und unter keinem Vorwande in die Dienste eines ähnlichen Geschäftsherrn treten zu wollen;“ Bd. 7 No. 18 O.-A.-G. Rostock v. 8. 5. 1851.

[4]) Seuff. Arch. Bd. 2 No. 28 O.-A.-G. München v. 23. 5. 1827.

[5]) Bundesgesetzblatt 1869 S. 245.

Nachdem ein Senat schon in der Entscheidung vom 14. 2. 1873[1]) ausgesprochen hatte, daß „die Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 an dem Begriff der Gewerbefreiheit nichts geändert habe und keinerlei Bestimmungen enthielte, aus welchen unmittelbar oder mittelbar die Unzulässigkeit von Veräußerungsverträgen hergeleitet werden könnte, vermittels welcher der Erwerber das vertragliche Objekt mit der Einschränkung erwirbt, sich der Verwendung desselben zum Zwecke eines bestimmten Gewerbebetriebes zu enthalten", hielt ein anderer Senat des Obertribunals zunächst noch an seiner bisherigen Ansicht fest, daß vertragsmäßige Beschränkungen des selbständigen Gewerbebetriebes gesetzwidrig und deshalb nichtig seien[2]). Er führte aus:

Nach § 1 Abs. 1 der Reichsgewerbeordnung ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet, soweit nicht durch die Reichsgewerbeordnung Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Es sind also nur die von der Reichsgewerbeordnung „ausdrücklich" gestatteten Beschränkungen imstande, die Gewerbefreiheit einer bestimmten Person einzuschränken. Unter diesen Beschränkungen sind auch die vertraglichen zu verstehen. Nun schreibt § 10 vor: „Ausschließliche Gewerbeberechtigungen oder Zwangs- und Bannrechte, welche durch Gesetz aufgehoben oder für aufgehoben erklärt worden sind, können fortan nicht mehr erhoben werden."

Unter diesen „ausschließlichen Gewerbeberechtigungen" sind nach dem Willen des Gesetzgebers auch die persönlichen Beschränkungen zu verstehen. Durch einen Vertrag, in dem sich der eine Kontrahent für seine Person gegenüber dem andern verpflichtet, in einem bestimmten Bezirke ein gewisses Gewerbe nicht zu betreiben, würde aber eine ausschließliche Gewerbeberechtigung für den andern Kontrahenten begründet werden. Daraus folgt die Ungültigkeit derartiger Verträge.

Das Obertribunal änderte aber bald seine Ansicht, nachdem schon vorher das Reichsoberhandelsgericht einen anderen Standpunkt vertreten hatte. Um eine Uebereinstimmung der verschiedenen Ansichten, die die Senate in den erwähnten Entscheidungen fund-

[1]) Striethorst Bd. 88 S. 139 No. 19 (bei Busch Bd. 31 S. 296).
[2]) O. T. Bd. 77 S. 231 No. 35, 3. Senat v. 15. 5. 1876.

gegeben hatten, zu erzielen, wurde ein Plenarbeschluß vom 9. Juli 1877[1]) herbeigeführt, der folgendermaßen entschied:

Unter § 1 der Reichsgewerbeordnung sind keine vertragsmäßigen, sondern nur von dem Willen des davon Betroffenen unabhängige Hindernisse verstanden. In der Gewerbeordnung sind die öffentlich rechtlichen Bedingungen für den Gewerbebetrieb geregelt und in § 1 wird der Grundsatz der Gewerbefreiheit in öffentlich rechtlicher Beziehung an die Spitze gestellt zugleich aber mit dem Vorbehalt, daß in späteren Paragraphen der Gewerbefreiheit Schranken gezogen werden. Diese äußeren Hindernisse sind in § 1 unter „Ausnahmen und Beschränkungen" gemeint. Sie sind dort erwähnt um Widersprüche oder falsche Schlußfolgerungen aus dem Prinzip der Gewerbefreiheit zu vermeiden. Solche äußeren Hindernisse sind in § 10 aufgeführt. Bisher sind irrtümlich und entgegen dem Sprachgebrauch Verträge, durch die nicht ein absolutes, sondern lediglich ein persönliches Recht gegenüber einem bestimmten Verpflichteten gewährt wird, als Verträge aufgefaßt, durch welche eine ausschließliche Gewerbeberechtigung im Sinne des § 10 der Gewerbeordnung erworben wird. In § 10 ist also von vertragsmäßigen Beschränkungen gar keine Rede. Dieselben werden auch von der Gewerbeordnung gar nicht berührt. Nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit sind Verträge solange gültig, als sie nicht ausdrücklich durch das Gesetz für unzulässig erklärt sind oder nach gewissen höheren Prinzipien für ungültig erachtet werden müssen. Ein solches Verbot ist auch nicht eine notwendige Konsequenz der Gewerbefreiheit. Das Gewerbe soll dadurch von seinen unerträglichen Fesseln befreit werden im öffentlichen Interesse. Aber das öffentliche Interesse wird nicht beeinträchtigt, wenn ein einzelner sich lediglich für seine Person zur Unterlassung eines Gewerbebetriebes in einem bestimmten Bezirke verpflichtet. Der freien Gewerbetätigkeit werden dadurch keine unnatürlichen Fesseln auferlegt. Für die wünschenswerte freie Konkurrenz bleibt stets ein genügender Spielraum. Derartige Verträge sind also nach der Reichsgewerbeordnung vom 21. 6. 1869, insbesondere nach den in den §§ 1 und 10 enthaltenen Vorschriften nicht ungültig.

---

[1]) O. T. Bd. 80 S. 1 No. 1 (in Seuff. Arch. Bd. 34 No. 105).

Schon vorher hatte das Reichsoberhandelsgericht sich wiederholt für die prinzipielle Zulässigkeit derartiger Einschränkungsverträge ausgesprochen[1]). Allerdings müßten denselben gewisse Grenzen gezogen werden. Es ging dabei von der Ansicht aus, daß die Kabinetsordre vom 19. 4. 1813 der Natur der Sache nach dem Richter die Prüfung der Vertraglichkeit des einzelnen Falles mit dem Prinzip der Gewerbefreiheit vorbehielte, gleichwie in den Gebieten, in denen diese Kabinetsordre nicht publiziert sei. Mit der Kabinetsordre sei also nicht schlechthin jeder Vertrag, der die Gewerbefreiheit in, wenn auch noch so geringer, Weise beschränkte, für ungültig erklärt.

Allerdings durfte dies kaum im Sinne der betr. Kabinetsordre liegen. Aber das Reichsoberhandelsgericht mochte wohl erwägen, daß dieser Fall für das ihm unterstellte Gebiet einheitlich geregelt werden müsse und daß dem Verlangen der Zeit Rechnung zu tragen sei, einer Zeit, die neben dem öffentlichen Interesse im gleichen Maße auch Schutz des privaten Interesses des einzelnen gebieterisch verlangte; hatte sich doch auch die Mehrzahl der außerpreußischen Gerichte für die Zulässigkeit derartiger Verträge erklärt[2]).

Damit war das Eis gebrochen. Es handelte sich in der Folge nur noch darum, wo die Grenzen für derartige Beschränkungen zu suchen seien. Allerdings gestaltete sich diese Frage schwieriger, da den Gerichten keine gesetzlichen Grundlagen zur Verfügung standen. Sie konnten sich lediglich nach allgemeinen Gesichtspunkten richten und nahmen dafür als Richtschnur auf der einen Seite die beiden Fundamentalsätze des gemeinen Rechts[3]):

„Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti." (l. 26 D. de verb. obl. XLV, 1)[4]) und „jus

[1]) R.-O.-H.-G. Bd. 7 No. 108 S. 418 v. 5. 11. 1872; Bd. 12 No. 9 S. 29 v. 5. 12. 1873.

[2]) vgl. die S. 7 Anm. 3 zit. Entsch., ferner: Seuff. Arch. Bd. 26 No. 19 A. G. Celle v. 14. Juli 1871 (bei Busch Bd. 28 S. 4); Busch Bd. 28 S. 462 österr. oberster Gerichtshof v. 12. 10. 1870 (sächsisches Recht kam hier zur Anwendung); Bd. 30 S. 208 Handelsappellationsgericht Nürnberg v. 5. 7. 1872; Bd. 36 S. 332 Handelsappellationsgericht München v. 29. 4. 1874.

[3]) Steiner S. 4.

[4]) vgl. R.-O.-H.-G. Bd. 18 S. 101 No. 25 v. 14. 5. 1875; Bd. 21 S. 262 No. 85 v. 21. 10. 1876.

publicum privatorum pactis mutari non potest." (l. 38 D. de pactis II, 14)[1]).

Auf der anderen Seite stand das Prinzip der Gewerbefreiheit. Innerhalb dieser Grenzen blieb ein genügender Spielraum.

Auf Grund dieser Unterlagen gelangte die Rechtsprechung zu folgendem Resultat:

Eine rechtliche Gebundenheit darf die Persönlichkeit nur nach gewissen Richtungen hin und in einem bestimmt beschränkten Maße gefangen nehmen. Sie darf aber nicht die volle wirtschaftliche Tätigkeit des Verpflichteten ergreifen und der Herrschaft eines dritten preisgeben[2]). Deshalb sind Verträge, die zeitlich und örtlich begrenzt sind, gültig[3]), aber weder zeitlich noch örtlich begrenzte nichtig[4]). Gültig sind auch nur örtlich[5]) oder nur zeitlich[6]) be-

[1]) So war zunächst für die Beurteilung der Konkurrenzbeschränkungsverträge das öffentliche Interesse maßgebend und zwar ein doppeltes öffentliches Interesse, einmal an gesicherter Entwicklung des Gewerbes (vgl. O. T. Bd. 80 S. 1 v. 9. 7. 1877) und ein öffentliches Interesse daran, daß das Publikum nicht benachteiligt werde. (vgl. R.-O.H.-G. Bd. 7 S. 418 No. 108 v. 5. 11. 1872 und Seuff. Arch. Bd. 2 No. 28 O. A. G. München v. 23. 5. 1827). Nur vereinzelt kam auch der Schutz des Handlungsgehülfen gegen übermäßige Beschränkungen der Gewerbefreiheit zu seinem Recht. (vgl. R.-O.-H.-G. Bd. 18 S. 101 No. 25 v. 14. 5. 1875; auch G. Z. Bd. 8 S. 570 O. A. G. Dresden v. 22. 4. 1864 und Bd. 11 S. 172 Obergericht Wolfenbüttel v. 6. 12. 1863; vgl. auch R. G. Bd. 2 S. 139 No. 30 v. 20. 10. 1880).

[2]) vgl. Kohler, Ges.-Abh. S. 63. Er weist auf die französische Gesetzgebung hin, die zu demselben Resultat gelangt ist und eine „solche Kassierung der Einzelpersönlichkeit" durch dauernde Fesselung der gewerblichen Tätigkeit In Art. 1780 c. c. verwirft: „On ne peut engager ses services qu' à temps, ou pour une entreprise déterminée."

[3]) R.-O.-H.-G. Bd. 7 S. 418 No. 108 v. 5. 11. 1872; Bd. 15 S. 168 No. 49 v. 21. 11. 1874.

[4]) R.-O.-H.-G. Bd. 16 S. 160 No. 46 v. 3. 3. 1875; Bd. 18 S. 101 No. 25 v. 14. 5. 1875; Bd. 21 S. 262 No. 85 v. 21. 10. 1876; Busch Bd. 37 S. 366 Appellationssenat Mannheim v. 14. 11. 1877.

[5]) R.-O.-H.-G. Bd. 16 No. 46 S. 162 v. 3. 3. 1875; Busch Bd. 26 S. 4 A. G. Celle v. 14. 7. 1871 (in Seuff. Arch. Bd. 26 No. 19).

[6]) R.-O.-H.-G. Bd. 12 S. 29 No. 9 v. 5. 12. 1873; Bd. 19 S. 136 No. 46 v. 22. 12. 1875; Seuff. Arch. Bd. 43 No. 77 O.-L.-G. Stuttgart v. 24. 9. 1886; Gruchot Bd. 21 No. 19 S. 830 Appellhof zu Köln v. 9. 10. 1876; Busch Bd. 30 S. 208 Handelsappellationsgericht Nürnberg v. 5. 7. 1872.

grenzte Verträge, sofern der örtliche Umfang sich nicht über sämtliche Kulturstaaten erstreckt oder die zeitliche Dauer keine übermäßige ist[1] [2]. Natürliche Voraussetzung ist dabei, daß es sich nur um ein bestimmtes Gewerbe oder um bestimmte Handlungen in einem Gewerbe handelt.

Das Reichsgericht wich von diesem Grundsatz insofern ab, als es ein weder zeitlich noch örtlich begrenztes Konkurrenzverbot auch für gültig erklärte[3]. Es führte aus:

„Durch eine örtliche oder zeitliche Begrenzung bei vertragsmäßigen Beschränkungen des Gewerbebetriebes des einen zum Vorteil des anderen Kontrahenten ist die Rechtsverbindlichkeit solcher Stipulationen keineswegs bedingt. So lange kein öffentliches Interesse, welches die Gewerbeordnung schützen will, verletzt wird, ist eine solche vertragsmäßige Beschränkung, welcher der eine Kontrahent dem andern gegenüber sich unterwirft, ohne daß eine Begrenzung nach Ort oder Zeit hinzugefügt wird, gültig."

Mit Recht wendete sich Kohler gegen diese Ansicht[4]. Hier fiele ins Gewicht der Schutz des einzelnen gegen eine vertragsmäßige Unterbindung seiner gewerblichen Freiheit, nicht aber das öffentliche Interesse, der Schutz des Publikums gegen Vertragsmonopole. Dieser Schutz des einzelnen erheische Nichtigkeit eines weder zeitlich noch örtlich begrenzten Konkurrenzbeschränkungsvertrages.

Glücklicherweise hat das Reichsgericht[5] später im Anschlusse an diese Ausführungen Kohlers diesen Standpunkt wieder verlassen, indem es sagt:

---

[1]) vgl. die Ausführung bei Ehrenberg („Ueber das Wesen der Firma, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den negativen Verbindlichkeiten" in G. Z. Bd. 48 S. 25 ff. Stuttgart 1882) S. 42 und bei Kohler, Ges.-Abh. S. 63.

[2]) J. Kohler („Die Ideale im Recht" im Arch. f. b. R. Bd. 5 Berlin 1891) S. 209 ff. gelangt auch für das französische und englische Recht zu ähnlichen Ergebnissen. „Allerdings gehe durch die englische Jurisprudenz ein Zug, die Verträge in möglichst weitem Maße für gültig zu erklären." (S. 215.)

[3]) R.-G. Bd. 2 S. 119 No. 30 v. 20. 10. 1880; vgl. auch Gruchot Bd. 37 No. 45 S. 964 R.-G v. 13. 2. 1893.

[4]) Ges. Abh. S. 73.

[5]) R.-G. Bd. 31 No. 18 S. 97 v. 19. 3. 1893.

„Die im Handel, Gewerbe und Industrie zahlreich vorkommenden vertragsmäßigen Konkurrenzverbote, durch welche der Geschäftsinhaber sich dagegen zu schützen sucht, daß seine Angestellten nach Lösung des Dienstverhältnisses die in demselben erworbenen Geschäftskentnisse und persönlichen Beziehungen zu seinem Kundenkreise in geschäftlich unerlaubter Weise zu seinem Nachteil verwerten, sind an bestimmt begrenzte und daher im Einzelfall alsbald erkennbare Schranken nicht gebunden. Der Grundsatz, daß die persönliche Freiheit und Erwerbsfähigkeit des einzelnen nicht übermäßig beschränkt und nur ein begründetes Interesse geschützt werden darf, enthält nur das dehnbare Prinzip, nach welchem im Einzelfalle zu beurteilen ist, ob die Vereinbarungen der Parteien sich nach der konkreten Sachlage innerhalb gesetzlicher Grenzen gehalten haben. Eine absolute Schranke ergibt sich jedoch daraus, daß durch solche Verträge die Erwerbsfreiheit des einzelnen nur beschränkt, nicht aber für immer im ganzen oder in einzelnen Richtungen vernichtet werden darf; denn es folgt hieraus die Unzulässigkeit vertragsmäßiger Konkurrenzverbote ohne jede Beschränkung und Begrenzung nach Zeit und Ort[1]."

Das Reichsgericht spricht es selbst aus, daß dieser Grundsatz nur ein dehnbares Prinzip enthält. Die Praxis bewies es nur zu sehr, daß dauernde Streitigkeiten bei der Auslegung von Konkurrenzklauseln unter den herrschenden Verhältnissen unausbleibbar waren[2]. Der Wunsch weiter Kreise war es deshalb schon lange, diesen Versuch der Aufstellung von Normen für den zulässigen Umfang der im Handelsverkehr üblichen Konkurrenzbeschränkungen durch die positive Gesetzgebung zu ergänzen[3]. Damit würde dem gesteuert

---

[1]) vgl. noch Gruchot Bd. 42 S. 926 No. 41 R.-G. v. 18. 3. 1898.

[2]) vgl. Seuff. Arch. Bd. 2 No. 272 O. A. G. Kassel v. 5. 10. 1844; J. W. 1898 S. 77 No. 41 R.-G. v. 14. 12. 1897 und S. 266 No. 26 R.-G. v. 18. 3. 1898 (in Gruchot Bd. 42 S. 926 No. 41).

[3]) vgl. Ehrenberg S. 44; Dr. L. Fuld („Zur Regelung der Konkurrenzklausel" bei Gruchot Jahrgang 41 (1897) S. 565 ff.) S. 568 (zit.: Fuld bei Gruchot); Hoffmann, („Die Rechtsverhältnisse d. Handlungsreisenden", Dissertation, Göttingen 1894) S. 28.

werden, daß die Entscheidung so oft gegen den Gehülfen ausfiele und dessen Interesse verletzte [1]).

Gegen eine gesetzliche Regelung dieser Materie sprach sich Lemberg [2]) aus. Er behauptet, eine gesetzliche Regelung der Grenze sei eher gefahrbringend und schädlich als vorteihaft. Das individuell wirtschaftliche Wesen, auf das es hier ankomme, sei bei den einzelnen Menschen so verschieden, daß hier eine gesetzliche Regelung nur die Wahl hätte, entweder so eng zu sein, daß sie den wirtschaftlichen Verkehr und seine notwendigen Bedürfnisse ungebührlich einengt, oder andererseits so weit, daß sie in vielen Fällen eine Aufopferung der individuellen wirtschaftlichen Freiheit doch nicht verhüten könnte. Die Regelung dieser Frage könnten wir nicht im konkreten Falle in dem Paragraphen eines Gesetzbuches, sondern nur in dem individuellen Sein und Können der betr. Person suchen und finden. Für diese Frage sei immer das richterliche Ermessen maßgebend [3]).

Lemberg übersieht meines Erachtens vollständig, daß man ohne ins einzelne bestimmte Grenzen zu ziehen, solche allgemeinen Grenzen gesetzlich festlegen kann, welche eine engere Begrenzung als die bisher angewandten Begriffe von „Sittlichkeit" und „Kassierung der Einzelpersönlichkeit" geben. Damit würde die Möglichkeit gegeben sein, Verträge, die man nicht als unsittlich bezeichnen kann, die aber diese Grenze hart streifen, für nichtig zu erklären. Mit Recht weist Reinshagen [4]) darauf hin, daß bei Konkurrenzbeschränkungsverträgen zwischen Handlungsgehülfen und ihren Prinzipalen, den sog. Konkurrenzklauseln, wirtschaftlich durchaus verschiedene Parteien in Frage kommen. Bei dem die Nachfrage bedeutend übersteigenden Angebot der Arbeitskräfte sei der wirtschaftlich stärkere Arbeitgeber häufig in der Lage, den Arbeitnehmern vertragsweise Bedingungen aufzudrängen, die, hart die Grenze der

[1]) Wurden doch Klauseln ohne örtliche Beschränkungen bis zu 10, ja 20 Jahren für zulässig erachtet R.-G. Bd. 1 S. 22 No. 11 v. 5. 12. 1879; Bolze Bd. 3 S. 191 No. 656 v. 8. 7. 1886.

[2]) S. 70 ff.

[3]) Für eine Einschränkung in zeitlicher Beziehung ist auch Lemberg zu haben. a. a. O. S. 72.

[4]) S. 13.

Unsittlichkeit streifend, bei der Unzulänglichkeit der gesetzlichen Vorschriften doch nicht für nichtig erklärt werden könnten. Dieses moralische Moment entfällt bei selbständigen Kaufleuten, da diese in Bezug auf ihre wirtschaftliche Lage ebenbürtig gegebenüberstehen und die Folgen ihrer Handlungsweise zu übersehen imstande sind.

Deshalb war es um so wünschenswerter, der Zulässigkeit der Konkurrenzklauseln für Handlungsgehülfen gesetzlich nach Möglichkeit Grenzen zu ziehen.

Diesem Verlangen konnte sich auch die Regierung nicht länger verschließen. Mit der Neugestaltung des Handelsgesetzbuches schien ihr der geeignete Zeitpunkt dafür gekommen zu sein.

B. Die Entstehung der §§ 74 und 75 des H.-G.-B.

Der im Reichsjustizamt ausgearbeitete sog. Kommissionsentwurf enthielt noch keinerlei Bestimmung über die Konkurrenzklausel. Aber schon die I. Sachverständigen-Kommission trat einstimmig für eine gesetzliche Regelung derselben ein[1]). Daß keine einzige Stimme in der Kommission sich dafür ausgesprochen hat, gar nichts zu tun, also den bisherigen Zustand unverändert zu lassen, ist für die Stärke des Verlangens nach gesetzlicher Regelung charakteristisch. In der gab es zwei Meinungen.

Die einen wollten die absolute Unzulässigkeit, also Nichtigkeit solcher Klauseln gesetzlich festlegen, weil es nicht nur ein Verstoß gegen

[1]) Weder der Kommissionsentwurf mit Begründung von 257 Seiten noch die Protokolle der vom 21. 11. bis 18. 12. 1895 tagenden I. Sachverständigenkommission von 399 Seiten sind veröffentlicht. Das hier darüber Erwähnte stammt aus Düringer-Hachenburg S. 234 und aus einem Aufsatz von Rießer „Die Kommissionsberatungen über den Entwurf eines H.-G.-B. für das Deutsche Reich", in D. J. Z. 1896 S. 131 ff. und 152 ff. Düringer und Rießer waren beide Mitglieder der I. Sachverständigenkommission.

das Prinzip der Gewerbefreiheit, sondern auch eine ungerechtfertigte Ausnutzung der wirtschaftlichen Ueberlegenheit des Prinzipals sei, wenn er dem Gehülfen, den er vielleicht noch dazu schlecht bezahlt habe, für die Zeit nach dem Austritt die freie gewerbliche Selbstbetätigung beschränke und damit vielfach auch unmöglich mache. Angesichts der großen Zahl schwerer Mißbräuche, die mit der Konkurrenzklausel in der Praxis verbunden wären, empfehle es sich deshalb doppelt, reinen Tisch zu machen, auf die Gefahr hin, in einigen wenigen Fällen, in denen vielleicht eine solche Konkurrenzklausel angemessen erscheinen könne, etwas hart mit den Interessen des stärkeren Teiles zu verfahren.

Die anderen aber — und zwar war das die Mehrzahl — vertraten mit Entschiedenheit die Ansicht, daß es, namentlich im Kleinbetriebe, eine sehr bedeutende Anzahl von Fällen gebe, wo sich der Prinzipal (z. B. derjenige, der infolge ständiger Geschäftsreisen dem einzigen Gehülfen die Bedienung oder den Besuch der ganzen Ortskundschaft allein überlassen muß) gegen die spätere Konkurrenz der Gehülfen, die ihn vernichten könne, in berechtigter Weise und in berechtigtem Umfange im Interesse seiner geschäftlichen Existenz zu schützen versuche und versuchen müsse. Gegenüber maßlosen örtlichen oder zeitlichen Beschränkungen sei durch ein Ermäßigungsrecht zu helfen, welches auch solchen Verträgen gegenüber dem Richter gesetzlich einzuräumen sei [1]).

Auch die Reichskommission für Arbeiterstatistik hatte sich ähnlich geäußert [2]). Die von ihr vernommenen Leute erkannten zum geringeren Teil die Berechtigung der Klausel an. Diese gaben aber auch zu, daß durch die tatsächliche Anwendung derselben die Bewegungsfreiheit der Gehülfen weit über das Bedürfnis der Prinzipale hinaus eingeengt werde und damit Mißbrauch getrieben würde, gegen welchen einzuschreiten die Aufgabe der Gesetzgebung sei. Die Mehrzahl jedoch befürwortete den Erlaß einer gesetzlichen Bestimmung, wodurch die Klausel für ungültig erklärt würde.

---

[1]) Auch in neuester Zeit tritt immer stärker das Verlangen weiter Kreise nach völliger Beseitigung der Konkurrenzklauseln hervor. (vgl. Koslowski.)

[2]) Allerdings nur, soweit die Konkurrenzklausel Angestellte in offenen Ladengeschäften betraf.

Auf Grund dieser Erhebungen gelangte die Kommission für Arbeiterstatistik zu dem Vorschlage, eine Klausel unter folgenden Beschränkungen zuzulassen:

Höchstens auf 1 Jahr könne nur der Eintritt in ein Geschäft gleicher Branche innerhalb einer Entfernung von 1 km von der Betriebsstätte des Prinzipals verboten werden. Die Strafe dürfe das doppelte Jahresgehalt des Gehülfen nicht übersteigen. Jedoch könne der Prinzipal aus der Klausel keine Rechte herleiten, wenn er selbst das Dienstverhältnis aufgelöst habe, ohne daß in der Person des Handlungsgehülfen ein genügender Grund vorlag; ebenso, wenn er mit vertragswidrigem Verhalten dem Gehülfen Veranlassung zur Auflösung des Dienstverhältnisses gegeben habe. Eine entgegenstehende Abrede solle nichtig sein [1]).

Dieses Material veranlaßte das Reichsjustizamt zur Einstellung einer entsprechenden Bestimmung in den im Juni 1896 veröffentlichten Entwurf I des H.-G.-B. Dieselbe (§ 67) lautet:

> „Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird.
>
> Löst der Prinzipal, ohne daß in der Person des Handlungsgehülfen ein genügender Grund vorliegt, das Dienstverhältnis auf oder gibt er durch vertragswidriges Verhalten Veranlassung zur Auflösung des Dienstverhältnisses, so kann er aus einer Vereinbarung der im Abs. I bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig."

Dieser Entwurf rief in der Wissenschaft und im Handelsstand eine ausgedehnte Kritik hervor. Es erschienen eine Menge von Aufsätzen und Schriften über den Entwurf, die alle darin übereinstimmten, daß die gesetzliche Regelung der Konkurrenzklausel mit

[1]) Fuld bei Gruchot S. 570.

Freuden zu begrüßen sei[1]). Ueber das „Wie" der Regelung gingen die Ansichten auseinander, die in den verschiedensten Vorschlägen zum Ausdruck kamen. Unter Verwertung derselben sowie insbesondere der Anregungen des 23. deutschen Handelstages, der am 15. und 16. Oktober 1896 eigens zur Beratung des Entwurfes eines H.-G.-B. in Berlin zusammengetreten war[2]), wurde der § 67 in dem am 22. Januar 1897 dem Reichstage vorgelegten II. Entwurfe wesentlich verändert. Er wurde in die beiden §§ 73 und 74 zerlegt. In zwei Punkten hatte er eine Erweiterung erfahren. Einmal sollten mit Minderjährigen vereinbarte Klauseln nichtig sein[3]), sodann wurde der Fall eingehend geregelt, wenn eine Vertragsstrafe für den Uebertretungsfall vereinbart ist. So war aus dem Abs. II des § 67 des Entwurf I unter teilweiser Abänderung[4]) desselben der § 74 des II. Entwurfs entstanden. Der Abs. I lautet[5]):

> „Kündigt der Prinzipal das Dienstverhältnis, ohne daß ein von ihm nicht verschuldeter erheblicher Anlaß vorliegt, oder gibt er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 69, 70 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 73 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen."

Nachdem der Entwurf, speziell die beiden genannten Paragraphen, im Plenum des Reichstages von verschiedenen Rednern kritisiert war[6]) [7]), wurde derselbe am 10. 2. 1897 einer Kommission von 21 Mitgliedern überwiesen.

---

[1]) vgl. Dickel S. 76; Gierke, Vortrag S. 25; Lubszynski S. 20; Makower-Simon S. 15; Staub, Entwurf S. 14; ferner G. Cohn „Zur Revision des H.-G.-B." im Arch. f. b. R. Bd. 12 Berlin 1897 S. 185 ff. sowie K. Lehmann „Der Entwurf des revidierten H.-G.-B." im Arch. f. d. z. Pr. Bd. 86 Freiburg i. Br. und Leipzig 1896 S. 298 ff.

[2]) vgl. die Verhandlungen desselben.

[3]) § 73 Abs. II. Der Abs. I gleicht dem Abs. I des früheren § 67.

[4]) auf dieselbe wird später zurückgekommen.

[5]) Hahn-Mugdan S. 14—15. Abs. II und III entsprechen wörtlich den gleichen Teilen des heutigen § 75.

[6]) Hahn-Mugdan S. 467/8 (Rören); S. 475 (Träger); S. 483 (v. Buchka); S. 503/4 (Bassermann); S. 522/3 (Stadthagen); S. 529 (Lenzmann).

[7]) vgl. auch Pilz, Entwurf S. 22.

In der Kommissionsberatung wurden zu § 73 eine Menge von Anträgen gestellt. Nachdem aber der Staatssekretär des Reichsjustizamtes Nieberding erklärt hatte, daß in all diesen Anträgen keine Verbesserung der Vorlage erblickt werden könne[1]), ließ man sie mit einer Ausnahme fallen; es wurde nämlich eine zeitliche Höchstgrenze von 3 Jahren für die Konkurrenzklausel festgesetzt[2]).

Zu § 74 wurde nur ein Antrag eingebracht, dahin lautend, daß der Prinzipal in allen Fällen, wo er selbst kündigt, durch Fortzahlung des Gehaltes für die Dauer der Beschränkung die Klausel aufrecht erhalten könne[3]). Derselbe wurde einstimmig angenommen.

Nachdem diese Bestimmungen in der 2. Beratung im Plenum des Reichstages am 5. 4. 1897 nochmals heiß umstritten waren[4]), wurden die §§ 73 und 74 in der Kommissionsfassung vom Reichstage angenommen.

In der 3. Beratung im Plenum am 7. 4. 1897 erfolgte dann einstimmig die unveränderte en bloc-Annahme des Handelsgesetzbuches und damit der Bestimmungen über die Konkurrenzklausel[5]).

Demnach lauten die zum Gesetz erhobenen Bestimmungen über die Konkurrenzklausel[6]):

§ 74. „Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche

[1]) Hahn-Mugdan S. 567.

[2]) Hahn-Mugdan S. 568.

[3]) Hahn-Mugdan S. 569.

[4]) Hahn-Mugdan S. 680–697. (Redner: Singer, v. Stumm-Halberg, Nieberding, Rören, Galler, Himburg).

[5]) Ueber die Konkurrenzklausel sprachen noch die Abgeordneten Weiß und Singer (Hahn-Mugdan S. 762/3). Charakteristisch für den Wert, den man dieser Bestimmung beilegte, ist der Umstand, daß die Konkurrenzklausel die einzige Materie war, die bei der 3. Lesung des H.-G.-B. noch besprochen wurde.

[6]) Durch Einfügung des § 21 ist eine Aenderung in der Paragraphennumerierung erfolgt.

eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird.

Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden.

Die Vereinbarung ist nichtig, wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist."

§ 75. „Gibt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der im § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt.

Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig."

Die Erörterung dieser Paragraphen wird uns im Folgenden beschäftigen.

II. Abschnitt.

Auslegung der §§ 74 und 75 des H.-G.-B.

I. Begriff der Konkurrenzklausel.

Das Gesetzbuch definiert in § 74 H.-G.-B. die sog. Konkurrenzklausel als „eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird."

Die I. Sachverständigenkommission [1]) hatte die Konkurrenzklausel als eine „Vertragsabrede" bezeichnet. Das Gesetz hat dafür aber „Vereinbarung" eingesetzt, um anzudeuten, daß dieselbe nicht notwendig gleichzeitig mit dem Engagementvertrag vereinbart werden müsse, vielmehr auch noch nach demselben während des Dienstverhältnisses in Anlehnung an den Vertrag abgeschlossen werden könne. Ueber die Form dieser Vereinbarung ist im Gesetz nichts bestimmt. Bei der herrschenden Vertragsfreiheit genügt dafür mündliche Form. Allerdings empfiehlt es sich, um sicher zu gehen und später gegebenenfalls ein einfaches Beweismittel zur Hand zu haben, die Klausel schriftlich zu formulieren.

Die Vereinbarung soll zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen getroffen werden. Wir wollen uns zunächst mit den beiden Begriffen beschäftigen.

[1]) Düringer-Hachenburg S. 234.

Wer Prinzipal ist, sagt uns das neue Handelsgesetzbuch im Gegensatz zum alten [1]) nicht. Während nach dem alten H.-G.-B. der „Eigentümer einer Handelsniederlassung" darunter verstanden wurde, werden wir heute als Prinzipal den „Inhaber eines Handelsgewerbes ansehen [2]). Offenbar ist es der „Dienstberechtigte", sei er Eigentümer oder Fremdbesitzer des Handelsgeschäfts, natürliche oder juristische Person. Der Begriff des Eigentums ist also jetzt vollständig ausgeschaltet. Prinzipal ist die Person, die nach außen als der Träger des Handelsgewerbes erscheint. Prinzipal ist mithin der Kaufmann in seiner Eigenschaft als Inhaber eines bestimmten Handelsgeschäftes. Gleichgültig ist dabei, ob es ein Voll- oder Minderkaufmann ist [3]). Wesentlich zum Begriff der Prinzipalschaft gehört die prinzipale und unbeschränkte Haftung für die während ihrer Dauer begründeten Geschäftsschulden [4]). Hiernach beantwortet sich mithin auch die Frage, wem die Prinzipalschaft bei den Handelsgesellschaften zukommt:

Bei den offenen Handelsgesellschaften sämtlichen Gesellschaftern, bei der einfachen Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien den (oder dem, falls nur einer vorhanden ist) persönlich haftenden Gesellschaftern (Komplementären). Bei der Aktiengesellschaft dagegen beruht sie auf der eine eigene Persönlichkeit bildenden Vereinigung selbst, ebenso bei der G. m. b. H. und bei den eingetragenen Genossenschaften [5]). Deshalb ist auch die Definition von

[1]) Art. 41.

[2]) Gareis, Handels-R. S. 76; a. M. Kreß S. 39, der meint, der Prinzipal sei nicht notwendig identisch mit dem Inhaber des Handelsgewerbes, weil Inhaber des Handelsgewerbes auch ein Geschäftsunfähiger sein könne. Dem ist entgegenzuhalten, daß zwar die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig ist, aber trotzdem von einem Geschäftsunfähigen Rechte hergeleitet werden können. Die von seinem gesetzlichen Vertreter abgegebene Erklärung bindet zwar den Geschäftsunfähigen, aber sie wird doch von dem Vertreter nicht kraft eignen Rechts abgegeben, sondern geht in letzter Linie auf den vertretenen zurück, also kann auch dieser Prinzipal sein. vgl. Cosack, 6. Aufl., S. 23 No. 3.

[3]) Hahn, Handels-R. S. 49.

[4]) Behrend I S. 206.

[5]) Ebenso Lehman-Ring S. 152; Behrend I S. 105; Fromm S. 44; Goldmann S. 303; Makower S. 197, IV; Neumann II S. 47; Pilz S. 2 ff.; a. M.: Düringer-Hachenburg S. 195; Fravi S. 32 ff.; Staub I S. 779 Anm. 23.

Düringer-Hachenburg falsch, die besagt: „Prinzipal ist, wer kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages das Geschäft nach außen zu vertreten und die Firma zu zeichnen berechtigt ist, sei es für sich allein, oder in Gemeinschaft mit anderen;" denn diese rechnen auch die Mitglieder des Vorstandes der Handel treibenden juristischen Personen, die Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft und der Genossenschaften sowie den bezw. die Geschäftsführer der G. m. b, H., zu den Prinzipalen. Diese haften in keiner Weise für die Geschäftsschulden. Aber auch Düringer-Hachenburg geraten mit ihrer Ansicht selbst in Widerspruch, indem sie an einer späteren Stelle alle von Organen der Gesellschaft angestellten Personen von der Prinzipalschaft ausschließen. Da der Vorstand von der Generalversammlung bzw. Mitglieder- oder Gesellschafterversammlung, also einem Organ der Gesellschaft angestellt wird, dürfte die obige Ansicht genügend widerlegt sein. Düringer-Hachenburg begehen meiner Ansicht nach den Fehler, daß sie verwechseln, wer Prinzipal ist und wer die Befugnisse des Prinzipals ausübt.

Ausgeübt werden die Befugnisse bei der offenen Handelsgesellschaft von sämtlichen Gesellschaftern, sofern durch den Gesellschaftsvertrag nicht einzelne dazu bestimmt sind; und zwar kann jeder von ihnen allein un dselbständig handeln. Ebenso ist es bei den beiden Kommanditgesellschaften mit der Maßgabe, daß hier die Befugnisse auf die Komplementäre beschränkt bleiben. Bei der Aktiengesellschaft und den Genossenschaften hat die Befugnis der Vorstand, bei der G. m. b. H. ein resp. mehrere Geschäftsführer [1]).

Fraglich erscheint es mir auch wenn Fravi [2]), die Düringer-Hachenburg'sche Definition mit der Aenderung: „. . . . . und die Firma kraft eignen Rechts zu zeichnen . . . . ." für richtig hält. Danach rechnet er selbst z. B. die Generalversammlung der Aktiengesellschaft zu den Prinzipalen. Es erscheint unverständlich, einmal wie die Generalversammlung die Firma zeichnen will und ferner, wie sie die Aktiengesellschaft nach außen vertreten soll; denn nach außen wird die Aktiengesellschaft durch Vorstand und Aufsichtsrat

[1]) Pabst S. 104, 117, 125, 146, 154, 164.
[2]) S. 35.

vertreten. Die Generalversammlung ist nur ein (beschließendes) Organ der Aktiengesellschaft, allerdings das hauptsächlichste. Ihre Funktion leitet sie aber auch erst von der Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft ab. Also kann sie keinesfalls Prinzipal sein.

Der Gegenkontrahent des Prinzipals bei der Konkurrenzklausel ist der Handlungsgehülfe.

Nach der Legaldefinition in § 59 H.-G.-B. ist Handlungsgehülfe, „wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist."

Aus den Worten „angestellt ist" ist zu folgern, daß zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen ein Dienstverhältnis bestehen muß, beruhend auf einem zwischen ihnen zustande gekommenen Dienstvertrage. Damit scheiden alle die Fälle aus, in denen nicht auf Grund von rechtsgeschäftlicher, sondern gesetzlicher Verpflichtung Dienste geleistet werden, wie z. B. von einer Ehefrau im Geschäfte ihres Mannes (§ 1356 B.-G.-B.) und von Kindern im Geschäfte der Eltern (1617 B.-G.-B.). Allerdings kann auch in diesen Fällen ein Anstellungsvertrag geschlossen und dadurch Handlungsgehülfeneigenschaft herbeigeführt werden [1]).

Der Prinzipal muß der Herr, der Handlungsgehülfe der Untergebene sein. Deshalb gehören Personen, die einem Kaufmann zwar Hülfe leisten, aber ihm gegenüber selbständig bleiben, nicht hierher, wie Handlungsagenten [2]) und Handelsmäkler [3]). Ebensowenig sind Handlungsgehülfen die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft oder der Geschäftsführer einer G. m. b. H., da ihnen von Gesetzeswegen auch selbständige Rechte und Pflichten

---

[1]) vgl. Goldmann S. 270; Düringer-Hachenburg S. 191, IV.

[2]) § 84 H.-G.-B.: „ohne als Handlungsgehülfe angestellt zu sein." vgl. Recht 1905 S. 48 No. 229 O. L. G. Karlsruhe v. 8. 4. 1904 (Kfmann V S. 48 No. 6); J. W. 1902 S. 173 No. 38 R. G. v. 17. 1. 1902 (Kfmann 3 S. 42, a); Seuff. Arch. Bd. 57 S. 392 O. L. G. Naumburg v. 6. 5. 1902, wonach der Buffetier in einer Gastwirtschaft, auch wenn er einzelne Getränke und Speisen für eigne Rechnung einzukaufen oder zu verkaufen hat, Handlungsgehülfe, nicht selbständiger Gewerbetreibender ist; ähnlich Gewerbegericht 10 S. 188 K. f. H. L. G. Leipzig v. 25. 4. 1905 (Kfmann. VI S. 28 No. 3).

[3]) § 93 H.-G.-B. „ohne von ihnen auf Grund eines Vertragsverhältnisses damit betraut zu sein."

eingeräumt sind[1]). Handlungsgehülfe ist auch der nicht, der nur gelegentlich beschäftigt oder dem Geschäfte nur zu vereinzelten Diensten verpflichtet wird[2]); denn in dem Begriffe der Anstellung liegt ein Hinweis auf die Absicht zur Begründung eines festen, auf die Dienstleistung gerichteten Vertrages. Daß dies ein für längere Zeit bestehender ist, ist nicht unbedingt erforderlich.

Die Anstellung muß in einem Handelsgewerbe erfolgen. Der Begriff des Handelsgewerbes bestimmt sich nach §§ 1—3 H.-G.-B. Auch die Minderkaufleute gehören hierzu. Danach sind reine land- und forstwirtschaftliche Betriebe (§ 3 Abs. I) sowie nicht eingetragene Betriebe, die ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellen (§ 3 Abs. II), keine Handelsgewerbe. Das Personal solcher Unternehmungen zählt nicht zu den Handlungsgehülfen, wenn ihre Dienste auch kaufmännischer Natur sind[3]). Ebenso wird man mit Staub[4]) annehmen müssen, daß die Bestimmungen über die Konkurrenzklauseln, die ja zu den für den Gehülfen vorteilhaften Bestimmungen gehören, auf die Gehülfen Anwendung finden, deren Chef im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, obwohl er es in Wirklichkeit nicht ist. Zu beachten ist, daß jedes im Handelsregister eingetragene Gewerbe im Zweifel Handelsgewerbe ist[5]).

Seit dem Gesetz vom 12. 5. 1901 über die privaten Versicherungsunternehmungen sind auch die „Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit" hierher zu rechnen. Auch ihre Angestellten rechnen zu den Handlungsgehülfen, obgleich sie selbst kein Handelsgewerbe betreiben[6]).

---

[1]) R.-O.-H.-G. Bd. 19 S. 58 No. 18 v. 22. 10. 1875; R. G. Bd. 7 S. 77 v. 4. 7. 1882.

[2]) Gierke, Vortrag S. 23.

[3]) vgl. Hahn, Handels-R. S. 49; Könige S. 41 Anm. 132; Moses S. 8; ausführlich bei Horrwitz S. 18—23.

[4]) S. 274 Anm. 11; derselben Ansicht ist Horrwitz S. 22 und O. L. G. Karlsruhe v. 8. 4. 1904 im Recht 1904 S. 171.

[5]) § 5 H. G. B.

[6]) vgl. §§ 15—16 des zit. Ges. in Friedberg S. 764; ebenso Litthauer-Mosse S. 8 Anm. 10; Staub S. 47 Anm. 61; Makower S. 26 Anm. XI; a. M. Horrwitz S. 19, der die betr. Gesetzesstelle wohl übersehen hat.

Es kommt auch nicht darauf an, wo diese Dienste geleistet werden, ob in den Geschäftsräumen des Handelsgewerbes oder in der Wohnung der Kunden oder gar in der Privatwohnung der Handlungsgehülfen, wenn nur die Tätigkeit für das Geschäft entfaltet wird [1]).

Die Anstellung muß zur Leistung kaufmännischer Dienste erfolgt sein. Der Begriff „kaufmännische Dienste" steht nicht fest. Nach der Denkschrift [2]) ist auf die Verkehrsauffassung Rücksicht zu nehmen. Die Dienste müssen nach den Anschauungen des Verkehrs die „kaufmännische Signatur", den kaufmännischen Charakter tragen [3]). In der Hauptsache wird verlangt, daß sie eine Tätigkeit darstellen, wie sie der kaufmännische Beruf mit sich bringt, also der kaufmännischen Ausbildung entsprechen. Es sind solche Dienste, die einem Kaufmann bei Ausübung seiner eigentlichen kaufmännischen Tätigkeit geleistet werden. Ob diese Dienste rein mechanische sind, macht nichts aus [4]) [5]). Auf größere oder geringere Selbständigkeit kommt es nicht an. Jedoch sind Kaufmann und kaufmännisch keinesfalls kongruente Begriffe. Jener ist gesetzlich fest ausgeprägt und reicht über den Kreis der Personen, welche die Verkehrssitte als Kaufleute bezeichnet, weit hinaus [6]). Dieser entbehrt der gesetzlichen Prägung und fällt genau mit dem, was die Verkehrssitte als kaufmännisch ansieht, zusammen. So ist z. B. der Schuhmacher, der neues Schuhwerk liefert, Kaufmann; die Angestellten desselben leisten ihm aber keine kaufmännischen Dienste. So kann es auch Kaufleute

[1]) Kfmann Bd. 6 S. 28 Bayr. ob. L. G. v. 23. 2. 05.

[2]) S. 55 bei Hahn-Mugdan S. 235.

[3]) Düringer-Hachenburg S. 196; Cosack S. 90; Lehmann-Ring S. 152; Fuld S. 16; Makower S. 191; Goldmann S. 274; Staub S. 274 ff.; R. O. H. G. Bd. 17 S. 309 No. 66 v. 29. 5. 75; Bd. 24 S. 271 No. 68 v. 18. 9. 78; R. G. Bd. 1 S. 268 v. 31. 3. 1880; Bolze Bd. 16 No. 238 S. 145 v. 10. 5. 1893 und No. 375 S. 223 v. 22. 2. 1893; R. O. L. G. Bd. 1 S. 72 No. 35 Kammergericht v. 5. 5. 1900.

[4]) Kfmann 1 S. 9, b, L. G. Hamburg v. 16. 5. 1900.

[5]) Die kaufmännische Signatur fehlt denjenigen Gehülfen, die zur Leistung wissenschaftlicher, künstlerischer und ähnlicher Dienste angestellt sind. Diese sind also keine Handlungsgehülfen.

[6]) vgl. Helmecke S. 9.

geben, die zwar eine Anzahl von Gehülfen, aber keinen einzigen Handlungsgehülfen beschäftigen [1]).

Kaufmännisch ist hier in dem historischen und herkömmlichen Sinne zu verstehen. Es müssen Dienste sein, zu denen diejenige Schulung und Fertigkeit gehört, die man in ihrer Vollendung die kaufmännische Tüchtigkeit nennt [2]). Es gehört aber dazu nicht blos und nicht notwendig der Abschluß von Rechtsgeschäften [3]), sondern alle Tätigkeit, welche sich auf den Umsatz von Waren bezieht. Das R.-O.-H.-G. hatte die kaufmännischen Dienste aufgezählt und zwar sollten als solche in Betracht kommen: der An- und Verkauf im Laden und Kontor, die Kassen- und Buchführung, die Geschäftskorrespondenz und das Reisen [4]).

Im Gegensatz hierzu stehen diejenigen Gehülfen in einem Handelsgewerbe, welche mit der Bearbeitung, Verarbeitung und Herstellung der Waren durch technische Dienstleistungen beschäftigt sind, sei es durch eigne Arbeit, sei es durch Anleitung oder Beaufsichtigung der Arbeiter [5]). Das sind die sog. Gewerbegehülfen. Diese unterstehen nicht dem H.-G.-B. sondern der Gewerbeordnung [6]). Nun wird es häufig vorkommen, daß Gehülfen teils kaufmännische, teils technische Dienstleistungen zu verrichten haben. Ueber die Frage, ob sie zu den Handlungsgehülfen oder zu den Gewerbegehülfen zu rechnen sind, entscheidet lediglich der überwiegende Teil

---

[1]) Gierke, Vortrag S 24.

[2]) Ein Straßenbahnschaffner z. B. ist deshalb kein Handlungsgehülfe, weil der Verkauf der Fahrscheine weder kaufmännische Fertigkeit oder Kenntnisse, noch kaufmännische Uebung erfordert. K. G. v. 21. 7. 02. in R. O. L. G. Bd. 9 S. 249 (Kfmann Bd. 5 S. 48 No. 5).

[3]) Kfmann 1 S. 9, a. K. G. v. 5. 5. 00 (R. O. L. G. 1 S. 72).

[4]) Cosack S. 90; R. O. H. G. Bd. 10 S. 297 v. 6. 5. 1873; Bd. 14 S. 114 v. 20. 6. 1874.

[5]) Staub S. 275; Landmann-Rohmer Bd. II S. 11; Makower S. 192.

[6]) Durch Art. 9 Abs. II der E. G. zum H. G. B. ist für die Gewerbegehülfen eine mit § 74 Abs. I und III wörtlich übereinstimmende Vorschrift als § 133 f. der Gewerbeordnung eingefügt; vgl. auch § 83 H. G. B.; R. O. L. G. 1 S. 53 No. 25 O. L. G. Karlsruhe v. 13. 3. 1900 (Recht 1900 S. 377 No. 281).

ihrer Beschäftigung [1]) [2]). Apothekergehülfen sind, da die von ihnen zu leistenden technischen die kaufmännischen Dienste überwiegen, nicht als Handlungsgehülfen zu erachten [3]).

Schließlich gehören zu den Handlungsgehülfen auch nicht diejenigen Hülfskräfte eines Kaufmanns, welche zum Gesinde gehören, sowie diejenigen, welche zwar nicht zum Gesinde gehören, aber doch nur untergeordnete Hülfsdienste zu versehen haben, wie Comptoirdiener, Laufburschen, Hausknechte usw. [4]).

Als letztes Erfordernis stellt das H.-G.-B. für den Handlungsgehülfen Anstellung gegen Entgelt auf. Ob das Entgelt in festem Gehalt oder in Tantiemen, Provision, Naturalverpflegung oder Gratifikationen besteht, ist ganz gleich [5]). Die Hauptsache ist, daß irgend eine vermögenswerte Vergütung entrichtet wird.

Der Volontär ist deshalb kein Handlungsgehülfe, da er kein Entgelt erhält [6]). Allerdings wollen verschiedene Schriftsteller [7]) auf

[1]) Cohn machte deshalb (im Arch. f. b. R. Bd. 12 S. 223) für das neue H. G. B. den Vorschlag, im § 59 zu schreiben: „vornehmlich kaufmännische Dienste."

[2]) vgl. ff. Entscheidungen: Kfmann Bd. 1 S. 9, b L. G. Hamburg v. 16. 5. 1900; R. O. L. G. Bd. 6 S. 242 O. L. G. Braunschweig v. 25. 4. 1902 (Kfmann 4 S. 37); Kfmann 6 S. 28 No. 1 bayr. ob. L. G. v. 23. 2. 1905; daselbst No. 6 K. G. Stettin v. 28. 7. 1905; No. 7 K. G. München v. 14. 5. 1905; No. 8 K. G. Altenburg v. 14. 7. 1905; No. 10 K. G. Stettin v. 16. 3. 1905; ebenso die meisten Kommentare.

[3]) Deshalb sind sie auch der Jurisdiktion der Kaufmannsgerichte entzogen; vgl. L. G. Frankfurt a. O. v. 22. 2. 1904 in Kfmann 6 S. 28 No. 4 und § 4 des K. G. G. Es gibt aber auch Gehülfen in den Apotheken, die rein kaufmännische Dienste zu leisten haben. Für diese ist natürlich das Kaufmannsgericht zuständig, diese sind auch Handlungsgehülfen, z. B. der Buchhalter einer ins Handelsregister eingetragenen Apotheke; vgl. Biberfeld S. 10; ebenso Cosack S. 91; Düringer-Hachenburg S. 197; Goldmann S. 276; Lehmann-Ring S. 152; a. M. Horrwitz S. 28, III; Makower S. 192 und Staub S. 277.

[4]) Eine ausführliche Liste der Handlungsgehülfen vgl. bei Horrwitz S. 28 ff. und Staub S. 275—278.

[5]) Kfmann 6 S. 28 No. 1 bayr. ob. L. G. v. 23. 2. 1905.

[6]) Apt S. 36; Düringer-Hachenburg S. 192 No. 2; Goldmann S. 276; Haase S. 16; Horrwitz S. 26; Lehmann-Ring S. 151; Makower S. 192; Staub S. 274; vgl. auch Cohn im Arch. f. b. R. Bd. 12 S. 223, der den Passus „gegen Entgelt" gestrichen haben möchte.

[7]) Fravi S. 32; Staub S. 274. Vorsichtiger sind schon; Düringer-Hachenburg S. 192; Horrwitz S. 26; Lehmann-Ring S. 151; Ritter S. 104.

ihn auch verschiedene Bestimmungen des Handlungsgehülfen anwenden, so die §§ 74 und 75 mit Ausnahme des die Gehaltsfortzahlung betreffenden Passus, weil er freiwillig die Pflichten des Handlungsgehülfen auf sich nähme. Es enspräche dies der Verkehrssitte[1]). Dies trifft aus dem Grunde nicht zu, weil der Volontär sich im Geschäft des Prinzipals ausbilden will, ohne sich dem Zwange der Dienstpflichten zu unterwerfen. Er lebt also mehr seinen Wünschen und Zwecken, als denen des Prinzipals entsprechend. Darum ist jene Auffassung zu verwerfen[2]). Oft wird der Volontär die Stellung eines Handlungslehrlings einnehmen. Dann finden auf ihn allerdings die Bestimmungen der §§ 74, 75 gemäß § 76 Abs. I von selbst Anwendung[3]).

Nach obigen Ausführungen gelten die Vorschriften der §§ 74, 75 nur für die zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen vereinbarten Konkurrenzklauseln. Natürlich ist es gleichgültig, wenn auf der einen oder gar auf beiden Seiten beim Vertragsabschluß Bevollmächtigte mitwirken. In letzter Linie binden die von diesen getroffenen Abmachungen doch Prinzipal und Handlungsgehülfen.

Das Gesetz sagt absichtlich zwischen „dem" Prinzipal und „dem" Handlungsgehülfen. Würde der unbestimmte Artikel gebraucht werden, so würden unter diesen Begriff auch Konkurrenzausschließungsverträge fallen, die der Prinzipal mit ihm nicht unterstellten Handlungsgehülfen abgeschlossen hat.

Aus dem Wort Prinzipal geht hervor, daß der Prinzipal bei dem Abschlusse der Vereinbarung noch der Prinzipal des Handlungsgehülfen sein muß. Die Vereinbarung muß also noch während der Dauer des Dienstverhältnisses getroffen werden; denn nach Auflösung desselben steht der bisherige Prinzipal dem Handlungsgehülfen nicht mehr als Prinzipal gegenüber. Es würde also ein Haupterfordernis fehlen. Darum finden auf einen erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses vereinbarten Konkurrenzausschließungsvertrag die §§ 74 und 75 H.-G.-B. keine Anwendung.

Bei Verträgen der zuletzt genannten Art entfällt das moralische Moment, das eine besondere gesetzliche Regelung derartiger Verträge

[1]) Horrwitz S. 26.
[2]) ebenso Goldmann S. 276.
[3]) ebenso Roßner S. 19.

wünschenswert erscheinen ließe[1]). Sie lehnen sich an kein bestehendes Dienstverhältnis an, es sind vielmehr selbständige Verträge. Man hat sie daher ebenso wie die zwischen selbständigen Kaufleuten abgeschlossenen Konkurrenzausschließungsverträge als Konkurrenzhauptverträge bezeichnet, da sie sich ausschließlich oder doch in erster Linie auf die Regelung des gewerblichen Wettbewerbes bestimmter Personen beziehen[2]).

Im Gegensatz zu diesen Konkurrenzhauptverträgen stehen die Konkurrenzbeschränkungsverträge, die sich an ein bestehendes Dienstverhältnis oder an einen Geschäftsveräußerungs-, Geschäftspacht-, Assoziations- und Dissoziationsvertrag anlehnen, wenn sie auch nicht mit ihnen fest verbunden zu sein brauchen. Da diese sich nur in zweiter Linie, also in der Nebensache, mit der Regelung des gewerblichen Wettbewerbes bestimmter Personen befassen, nennt man sie Konkurrenznebenverträge.

Zweckmäßig schlägt Reinshagen[3]) vor, die ersten als Konkurrenzverträge schlechthin, die letzten als Konkurrenzklauseln zu bezeichnen. Wenn auch der Ausdruck Klausel nicht ganz korrekt erscheint, weil ja derartige Verträge mit dem Hauptvertrage nicht formell verbunden zu sein brauchen, so mag man über diesen Fehler aus praktischen und historischen Gründen hinwegsehen.

Die Konkurrenzverträge entbehren ebenso wie ein großer Teil der Konkurrenzklauseln der gesetzlichen Regelung. Auf diese finden deshalb die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung (insbesondere §§ 138 und 226 B.-G.-B.)[4]).

Von den Konkurrenzklauseln sind in §§ 74 und 75 H.-G.-B. nur die zwischen Prinzipalen und ihren Handlungsgehülfen bezw.

---

[1]) vgl. oben S. 14.

[2]) So die Verträge der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, der Trusts, Kartelle, Syndikate und Gewerkschaften. vgl. Ritter in D. J. Z. 1902 S. 349 unten.

[3]) S. 3.

[4]) Für einen Teil gilt auch § 152 der Gewerbeordnung. Eine analoge Anwendung der Bestimmungen der §§ 74 und 75 H. G. B. auf die zwischen selbständigen Kaufleuten abgeschlossenen Konkurrenzverträge ist ausgeschlossen. vgl. J. W. 1901 S. 725 No. 20 R. G. v. 28. 8. 1901 (Seuff. Arch. Bd. 56 S. 413; Kfmann 2 S. 43, e.); Kfmann 3 S. 53 O. L. G. Frankfurt v. 14. 1. 1901; R. G. Bd. 53 S. 154 No. 38 v. 6. 12. 1902.

Handlungslehrlingen vereinbarten geregelt, aber auch nur, soweit sie sich auf die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses beziehen. Nicht unter die §§ 74 und 75 fallen also Vereinbarungen, durch die der Prinzipal das während der Dienstzeit bestehende gesetzliche Konkurrenzverbot des § 60 H. G. B. verschärft, indem er dem Gehülfen auch Geschäfte zu machen verbietet, die außerhalb des Handelszweiges des Prinzipals liegen. Auch diese fallen unter den Begriff der Konkurrenzklausel, da sie sich gleichfalls an den Dienstvertrag anlehnen[1] [2]. Sie rechtfertigen sich aus der Erwägung, daß der Gehülfe seine ganze Arbeitskraft dem Geschäfte widmen soll. Sofern ihre Tätigkeit im Gewerbe ihres Prinzipals durch eine solche Tätigkeit nicht beeinträchtigt wird, werden derartige Vereinbarungen nach § 226 B. G. B., weil chikanös, nichtig sein[3]. Wo in der vorliegenden Arbeit von Konkurrenzklauseln die Rede ist, bezieht sich dies nur auf die in § 74 H.-G.-B. gemeinte Art.

Die Konkurrenzklausel wird geschlossen *für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses*. Ihre Wirkungen treten also erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses ein. Die Konkurrenzklausel ist in ihrer Geltendmachung betagt. Wie wir weiter unten sehen werden, ist sie aber nicht allein betagt, sondern auch noch negativ bedingt[4]. Die Klausel wird stets mit der stillschweigenden aufschiebenden Bedingung geschlossen: „sofern keine Umstände eintreten, welche ihrer Wirksamkeit entgegenstehen." Und es gibt deren viele. Mit Unrecht sieht also *Renger*[5] den An-

[1] denn nur die gesetzlich ihrem Umfange nach, z. B. in den §§ 60, 76, 112, 161, 165, 320 H. G. B., festgelegten Konkurrenzverbote werden schlechthin unter „Konkurrenzverbot" verstanden.

[2] ebenso *Fromm* S. 50. Aus diesem Grunde ist es auch nicht korrekt, wenn einige der Spezialarbeiten über diese beiden Paragraphen betitelt sind: „Die Konkurrenzklausel des Handlungsgehülfen." Der Verfasser hat darum diesen Titel vermieden.

[3] Ein solcher Vertrag ist sehr gut denkbar, z. B. um zu verhindern, daß der Handlungsgehülfe durch nächtliche Arbeit für anders geartetete Handelsgeschäfte sich derart überarbeitet, daß er am Tage in dem Geschäfte seines Prinzipals abgespannt und mehr oder weniger unfähig zur Arbeit ist.

[4] ebenso *Ritter* in D. J. Z. 1902 S. 351.

[5] S. 5.

spruch aus der Konkurrenzklausel als einen rechtlich gesicherten Vermögenswert des Berechtigten an. Ueber die Unsicherheit seines Eintritts können keine Zweifel herrschen.

Für die Zeit *während* des Dienstverhältnisses wird der Handlungsgehülfe schon durch § 60 H.-G.-B. und § 9 des unlauteren Wettbewerbsgesetzes vom 27. 5. 1896 beschränkt. § 60 H.-G.-B. verbietet ihm, ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben oder in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Nach § 9 des unl. Wettbew.-Ges. darf er Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, nicht unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mitteilen.

Die Vereinbarung soll den Handlungsgehülfen in seiner *gewerblichen Tätigkeit beschränken*. Eine solche Beschränkung seiner gewerblichen Tätigkeit liegt in jeder Vereinbarung, durch welche der Handlungsgehülfe sich einem die Freiheit seiner Willensentschließung beeinträchtigendem Zwange rücksichtlich seiner gewerblichen Tätigkeit unterwirft. Unter den Begriff der Konkurrenzklausel fallen also sowohl solche Vereinbarungen, die ihm den Eintritt in ein bestehendes Konkurrenzgeschäft oder die selbständige Etablierung eines solchen verbieten, wie auch solche, die ihm nur eine gewisse Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäft untersagen, schließlich auch solche, die ihm die selbständige Konkurrenztätigkeit nur in bestimmter Richtung untersagen, wie z. B. ein Verbot, die Kunden des bisherigen Chefs binnen bestimmter Zeit nicht zu besuchen.

Mit Unrecht legen Düringer-Hachenburg[1]) ihren Ausführungen die Definition der I. Sachverständigenkommission zu Grunde[2]). Sie kommen so dazu, nur solche Vereinbarungen als

[1]) S. 234.

[2]) „Die Konkurrenzklausel ist eine Vertragsabrede zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen, wonach dem letzteren für den Fall des Austritts aus dem Geschäft hinsichtlich des Eintritts in ein anderes Geschäft oder hinsichtlich der Errichtung eines solchen Beschränkungen auferlegt werden." (Prot. der I. S.-K. S. 132) bei Düringer-Hachenburg S. 234.

Konkurrenzklauseln anzusehen, in denen dem Handlungsgehülfen hinsichtlich des Eintritts in ein anderes Geschäft oder hinsichtlich der Errichtung eines solchen Beschränkungen auferlegt werden [1]). Natürlich wird es sich in den meisten Klauseln um derartige Beschränkungen handeln. Auch wird der Prinzipal meist diese Form wählen. Aber der Gesetzgeber hat durch die Fassung des § 74 gerade jene Definition abgelehnt und spricht in weiterer allgemeinerer Fassung von einer Vereinbarung, durch welche der Handlungsgehülfe in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt wird. Gerade die Kenntnis des Kundenkreises veranlaßt häufig den Handlungsgehülfen, in dem Konkurrenzgeschäfte von dieser Kenntnis Gebrauch zu machen und so den früheren Prinzipal zu schädigen. Nach Düringer-Hachenburg würde in dem Verbote, solche Kunden nicht zu besuchen, keine Konkurrenzklausel enthalten sein. Es wäre nach ihm § 74 H.-G.-B. nicht darauf anwendbar.

Eine Konkurrenzklausel liegt aber auch dann vor, wenn die Verpflichtung des Gehülfen nur dahin geht, nach Beendigung des Dienstverhältnisses die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertrauten oder sonst zugänglich gewordenen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse anderen nicht mitzuteilen oder zu Zwecken des Wettbewerbes nicht zu verwerten [2]). Auch solche Verpflichtungen enthalten eine Beschränkung der gewerbliche Tätigkeit des Handlungsgehülfen [3]) und fallen deshalb unter den Begriff der Konkurrenzklausel. Sie erübrigen sich keineswegs durch Abs. II des § 9 des unl. Wett-

[1]) ebenso Fravi S. 39.

[2]) ebenso Fromm S. 51; Pabst S. 36; Reinshagen S. 20; Ritter in D. J. Z. 1902 S. 350; Roßner S. 21; Tiedemann S. 84; Welker S. 582; vgl. auch Staub S. 287; a. M. Düringer-Hachenburg S. 240; Goldmann S. 360; Makower S. 227 und O. L. G. Darmstadt v. 26. 9. 1902 in R. O. L. G. Bd. 6 S. 243; vgl. auch die Ausführungen des Abg. Rören bei Hahn-Mugdan S. 693.

[3]) Ebenso R. G. v. 24. 2. 1903 im Recht 1903 S. 215 No. 1204 (Kfmann 4 S. 52, c); „Eine den Handlungsgehülfenfür die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit unzulässig beschränkende Vereinbarung kann auch dann angenommen werden, wenn dem Handlungsgehülfen durch die ihm auferlegte Verpflichtung zur Geheimhaltung der Fabrikationsgeheimnisse des bisherigen Prinzipals die Erlangung einer anderen Stellung oder die Gründung einer selbständigen Existenz wesentlich erschwert wird."

bewerb-Ges., der ein gesetzliches Verbot der Mitteilung oder unbefugten Verwertung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus für jedermann, also auch für die Handlungsgehülfen, nur für den Fall festlegt, daß die Kenntnisse dieser Geheimnisse durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende eigne Handlung erlangt ist, oder daß diese Geheimnisse von einem Angestellten, Lehrling oder Arbeiter des Geschäftsbetriebes während der Dauer des Dienstverhältnisses dieser Personen unbefugt zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mitgeteilt sind.

Daß auf diese Vereinbarungen, abgesehen von den Fällen des § 9 Abs. II des zit. Ges., deshalb auch § 74 Abs. II und III Anwendung finden müssen, ist zu bedauern, spricht aber nur dafür, daß die Gesetzgebung hier fehl gegangen ist, nicht, wie einige wollen, daß deshalb § 74 nach dem Willen des Gesetzgebers darauf keine Anwendung findet [1]).

---

[1]) vgl. Ritter a. a. O.

II. Beschränkung der Konkurrenzklausel nach Zeit, Ort und Gegenstand.

Die Konkurrenzklausel ist für den Handlungsgehülfen „nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird."

Mit dieser Bestimmung ist eine wesentliche Veränderung gegen den bisherigen Rechtszustand eingetreten [1]). Das Reichsgericht hat bis jetzt Konkurrenzklauseln für zulässig erachtet, sofern die Erwerbsfreiheit des einzelnen dadurch nicht für immer im ganzen oder in einzelnen Richtungen vernichtet wird [2]).

Jetzt erklärt das Gesetz eine Konkurrenzklausel schon für unverbindlich, wenn sie eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen enthält. Der Hauptton liegt auf den Worten „unbillige Erschwerung". Eine gewisse Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen enthält mehr oder minder jede Konkurrenzklausel; das liegt in dem Wesen und dem Zweck derselben. Aber ihre Verbindlichkeit wird erst beeinträchtigt, wenn die Erschwerung unbillig ist. Wann sie unbillig ist, kann nicht allgemein festgestellt werden, es ist vielmehr nach den tatsächlichen Umständen des einzelnen Falles unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr zu bestimmen. Maßgebend hierfür sind sowohl die

[1]) a. M. ist Lubszynski, der die Bestimmung zwar interessant findet, aber keine Aenderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand erblickt. (S. 20—21).

[2]) R. G. Bd. 31 S. 99 v. 19. 5. 1893; vgl. Cosack S. 99, Zusatz.

Verhältnisse des Gehülfen wie die Geschäftsverhältnisse und Bedürfnisse des Prinzipals[1]). Die Feststellung, in welchem Umfange ein berechtigtes Interesse des Prinzipals an der dem Gehülfen auferlegten Beschränkung besteht, bildet naturgemäß eine der wesentlichen Grundlagen für die gerichtliche Entscheidung.

Wo ein solches Interesse überhaupt nicht anzuerkennen ist, wird regelmäßig jede Beschränkung des Gehülfen als eine Unbilligkeit erscheinen und unverbindlich sein[2]). Das folgt schon aus § 226 B.-G.-B., da sie nur den Zweck haben kann, dem Gehülfen Schaden zuzufügen. Wendt[3]) spricht in diesem Falle von einer Unmöglichkeit der dem Gehülfen auferlegten Leistung; denn wenn der Gläubiger z. B. sein Geschäft auflöse und den Betrieb einstelle, so würde doch der Schuldner dadurch von seiner Verpflichtung befreit und gewänne seine volle Aktionsfreiheit zurück, ohne durch den Vertrag mehr gebunden zu sein. Seinem Gläubiger gegenüber sei dann überhaupt keine Konkurrenz mehr möglich, das Versprechen sei gegenstandslos geworden.

Allerdings wird man mit dem Reichsgericht[4]) annehmen müssen, daß ein solches Interesse erst dann nicht mehr vorhanden ist, „wenn feststeht, daß der vertragsgewollte Schutz sein Ziel endgültig verloren hat, weil eine Erwerbstätigkeit des Berechtigten, welche geschützt werden soll, dauernd ausgeschlossen ist." Man kann sich also nicht darauf berufen, daß der Berechtigte zur Zeit kein Konkurrenzgeschäft besitzt. Es muß aber bereits Aussicht vorhanden sein, daß er ein neues eröffnen oder in ein bestehendes eintreten oder ein

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 237; Goldmann S. 359; Klemm S. 65; Staub S. 337; Tiedemann S. 90.

[2]) D. J. Z. 1906 S. 600 K. G. Berlin v. 6. 11. 1905 (R. 1906 S. 746 No. 1744); Gew.- und Kfmsgericht 11. Jhrgg. S. 270 No. 78 K. G. München v. 2. 3. 1906; R. O. L. G. 11 S. 383 No. 30, i O. L. G. Darmstadt v. 23. 6. 1905 (R. 1906 S. 315 No. 828); Danziger S. 55; Düringer-Hachenburg S. 237; Fromm S. 53; Gareis H. G. B. S. 89; Goldmann S. 360; Horrwitz S. 149; Kreß S. 70; Lipinski S. 150; Makower S. 228; Oberländer S. 31; Ritter S. 123; Rudorff S. 41; Staub S. 338.

[3]) S. 57.

[4]) R. G. Bd. 47 S. 238 No. 53 v. 24. 10. 1900 (J. W. 1900 S. 826; Kfmann 1 S. 15, d.); vgl. auch Gruchot Bd. 50 (1906) S. 951 R. G. v. 30. 11. 1905.

solches übernehmen werde[1]). Das Reichsgericht geht a. a. O. zu weit, wenn es behauptet, die Klausel sei verbindlich, solange die Möglichkeit zur Eröffnung eines neuen oder zum Eintritt in ein bestehendes Geschäft seitens des Berechtigten vorliege.

Wie liegt es aber, wenn zwar das bisherige Geschäft bestehen bleibt, der bisher berechtigte Prinzipal aber seine Rechte aus der Klausel an einen Dritten abtritt, sei es mit oder ohne Uebertragung des Geschäfts?

Bereits entstandene Vermögensansprüche, wie Schadenersatzansprüche oder eine schon verwirkte Vertragsstrafe, können natürlich im Wege der Zession, Schenkung usw. auf jedermann übertragen werden, gleichviel, ob der neue Gläubiger auch das neue Geschäft erwirbt.

Handelt es sich lediglich um das Gebundensein des Gehülfen an die Klausel, so ist zwischen einer Uebertragung dieser Ansprüche mit oder ohne Geschäftsübergang zu unterscheiden. Auch hier ist an dem Grundsatze festzuhalten, daß durch die Konkurrenzklausel die Erwerbstätigkeit des Berechtigten geschützt werden soll und daß die Konkurrenzklausel nur mit Rücksicht auf ein bestimmtes Geschäft geschlossen wird. Daraus folgt, daß der neue Gläubiger, dem nur die Ansprüche aus der Klausel, aber nicht das Geschäft übertragen ist, aus der Klausel keine Rechte herleiten kann; vielmehr verbleiben dieselben dem bisherigen Prinzipal, der das Geschäft behält.

Wird auch das Geschäft mit übertragen, so ist aus § 25 H.-G.-B. zu folgern, daß bei Fortführung der Firma auch die Rechte aus der Konkurrenzklausel übergehen. Wird die Firma nicht fortgeführt, so gehen die Rechte nur dann über, wenn der zwischen dem alten und dem neuen Geschäftsinhaber vereinbarte Uebergang dem verpflichteten Gehülfen bekannt wird.

Ob bei Uebergang der Rechte auf den neuen Gläubiger auch der alte Gläubiger noch seine Rechte dem Gehülfen gegenüber ausüben kann, hängt davon ab, ob ihm noch ein berechtigtes Interesse an der Klausel zuzusprechen ist oder nicht, und ist lediglich eine Tatfrage, deren Entscheidung im Einzelfalle dem Richter manche Schwierigkeiten bereiten wird.

[1]) Staub S. 339; Litthauer-Mosse S. 91 No. 6 folgt der Ansicht des Reichsgerichts.

Werden diese Ansprüche schon während der Dauer des Dienstverhältnisses übertragen, so kann darin unter Umständen [1]) ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals und zugleich ein wichtiger Grund zur Kündigung für den Gehülfen liegen. Kündigt der Gehülfe infolgedessen, so wird er von der Klausel frei. Bleibt er dagegen im Geschäft, so gehen die Rechte aus der Klausel auf den neuen Prinzipal über [2]).

Neben dem berechtigten Interesse des Prinzipals ist bei der Beurteilung der Frage, ob sich der Umfang der vereinbarten Konkurrenzbeschränkung mit der Billigkeit verträgt, auch in Betracht zu ziehen, ob etwa die besonderen Vorteile, welche der Gehülfe aus dem Dienstverhältnis gezogen hat, — die Höhe des Gehaltes oder der Betrag einer dem Gehülfen für die spätere Beschränkung etwa gewährten Vergütung — zugleich als eine ausreichende Entschädigung für die ihm auferlegte Beschränkung anzusehen sind [3]).

Aber auch die persönlichen Verhältnisse des Gehülfen, wie Alter, Familienstand, Gesundheit, Vermögenslage, etwa vorhandene Ersparnisse, können für die Beurteilung ausschlaggebend werden [4]).

Eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen soll *ausgeschossen sein*. Es darf also auch nicht mehr der geringste Zweifel an der Billigkeit der Klausel bestehen. Wo noch ein solcher vorhanden ist, ist eben die Unbilligkeit nicht ausgeschlossen; die Klausel entspricht dann nicht den Erforderissen des § 74 [5]).

Dem Ermessen des Richters sind bestimmte Direktiven gegeben, nach denen er festzustellen hat, ob eine Unbilligkeit vorliegt oder nicht. Der Richter muß untersuchen, ob nach Zeit, Ort und Gegenstand die Grenzen der Billigkeit eingehalten sind. Die drei Momente *Zeit, Ort* und *Gegenstand* greifen ineinander. Durch ihre Häufung wird zum Ausdruck gebracht, daß auf alle drei Rücksicht zu nehmen ist. Nach dem Gesamtbilde, welches danach die Klausel

[1]) vgl. Horrwitz, S. 117, 158. So besonders, wenn die individuelle Persönlichkeit des Prinzipals für das Dienstverhältnis in Frage kommt.
[2]) a. M. O. L. G. Jena v. 2. 7. 1892 in G. Z. Bd. 42 S. 512.
[3]) vgl. Denkschrift S. 64, bei Hahn-Mugdan S. 242.
[4]) Oberländer S. 30; Tiedemann S. 90.
[5]) vgl. Goldmann S. 358; Reinshagen S. 23.

gewährt, soll beurteilt werden, ob die billigen Grenzen überschritten sind [1]). Aber es ist keineswegs notwendig, daß eine solche Beschränkung jedesmal nach allen drei Richtungen erfolgt. Ein örtlich unbegrenztes Verbot z. B. kann gegenständlich so eingeschränkt sein, daß es sich doch innerhalb der Billigkeitsgrenze bewegt [2]).

Nur in zeitlicher Beziehung hat das Gesetz in § 74 Abs. II eine Grenze gezogen. Die Beschränkung kann nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden [3]) [4]).

Hiergegen verstößt Pilz [5]) der unter Berufung auf eine Entscheidung des O. L. G. Kolmar v. 27. 11. 1896 behauptet, es genüge, wenn die Klausel nur zeitlich oder örtlich beschränkt ist. Die Entscheidung betrifft aber einen Fall, welcher der Beschränkung des Abs. II § 74 H.-G.-B. garnicht unterlag [6]).

Pappenheim [7]) hält diese zeitliche Begrenzung für nicht unbedenklich. Insofern hat er Recht, als es Fälle gibt, in denen das Bedürfnis des Prinzipals eine längere Bindung des Gehülfen für angebracht erscheinen läßt, wie z. B. bei der Verpflichtung zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen. Man hat wohl aber damit denen eine Konzession machen wollen, die ein vollständiges Verbot der Konkurrenzklausel anstrebten. Die Fälle, in denen durch diese kurze zeitliche Grenze der Prinzipal wirklich benachteiligt wird, sind

[1]) Makower S. 227, II; Staub S. 338.

[2]) R. G. Bd. 53 S. 157 v. 6. 12. 1902.

[3]) § 74 Abs. II steht im Gegensatz zu dem früheren Rechte. vgl. nach altem Recht Klauseln auf 5 Jahr: Bolze Bd. 13 No. 398 v. 21. 11. 1891; auf 10 Jahr: R. G. Bd. 1 S. 22 v. 5. 12. 1879 und Bolze Bd. 5 No. 602 v. 27. 2. 1888; auf Lebenszeit: Bolze Bd. 8 No. 461 v. 11. 10. 1889 und Bd. 18 No. 409 v. 25. 4. 1894.

[4]) Diese zeitliche Begrenzung gilt nur für Handlungsgehülfen. Eine analoge Anwendung auf andere Klauseln ist ausgeschlossen. Dieselben können sehr wohl zeitlich unbegrenzt sein. Seuff. Arch. Bd. 56 S. 411 No. 277 R. G. v. 28. 5. 1901; Kfmann Bd. 4 S. 51 R. G. v. 6. 12. 1902 (R. 1903 S. 179, R. G. Bd. 53 S. 155); Neumann II, 2, S. 62; Neukamp.

[5]) S. 96.

[6]) Pilz begeht durchweg den Fehler, sich auf ältere Entscheidungen zu stützen, die auf anderer Rechtsgrundlage als den §§ 74, 75 H. G. B. ergangen sind.

[7]) S. 386.

so selten, daß sie nicht sonderlich ins Gewicht fallen. Alle den Gehülfen für länger als drei Jahre bindenden Klauseln sind also höchstens für drei Jahre für ihn verbindlich. Damit ist aber nicht gesagt, daß eine durch die Konkurrenzklausel auf den Zeitraum von drei Jahren festgesetzte Beschränkung unter allen Umständen für zulässig zu erachten sei; vielmehr ist das richterliche Ermessen nicht behindert, bei Würdigung des einzelnen Falles auch eine für drei Jahre oder auch für kürzere Zeit bestimmte Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit des Handlungsgehülfen für eine die zulässige Grenze überschreitende zu erachten [1]).

Die drei Jahre rechnen von der Beendigung des Dienstverhältnisses an; das ist von der rechtlichen Beendigung an, nicht etwa von der tatsächlichen [2]). Im Falle sofortiger Entlassung rechnen sie von der faktischen Aufhebung an; denn mit diesem Moment hört das Dienstverhältnis auf, gleichgültig, ob die sofortige Entlassung gerechtfertigt war oder nicht. Ist das Dienstverhältnis auf bestimmte Zeit abgeschlossen, dann aber stillschweigend auf unbestimmte Zeit verlängert worden, so ist diese Frist vom Tage des Austritts, nicht vom Ablauf der ursprünglich vereinbarten Frist zu berechnen. Es ist nicht notwendig, daß bei der stillschweigenden Erneuerung des Vertrages hinsichtlich der Fortdauer der Konkurrenzklausel ein besonderer Vorbehalt getroffen wird [3]).

Die Berechnung der Frist erfolgt nach §§ 187, 188 B.-G.-B.

In räumlicher Beziehung sind keine Grenzen vorgeschrieben. Die Billigkeitsgrenze wird sich um so weiter ausdehnen lassen, je enger begrenzt der Gegenstand und das Absatzgebiet desselben ist [4]). In der Reichstagskommission wurde der Vorschlag gemacht, eine Maximalgrenze von 1 km im Umkreise von der Betriebsstätte des Prinzipals an festzusetzen. Der Vorschlag wurde abgelehnt. Es bleibt also dem Ermessen des Richters überlassen, ob sich eine Konkurrenzklausel innerhalb billiger Grenzen bewegt.

---

[1]) Goldmann S. 359; Düringer-Hachenburg S. 237; Fuld S 92; Staub S. 337.

[2]) Makower S. 227; Staub a. a. O.

[3]) Kfmann Bd. 3 S. 53, b. O. L. G. Kolmar v. 18. 2. 1902.

[4]) J. W. 1900 S. 591 No. 11 R. G. v. 30. 5. 1900.

Der Prinzipal betrachtet das Absatzgebiet, das er sich in Betätigung seines Handelsbetriebes errungen hat, wie einen wohlerworbenen Besitz. Er hat in vielen Fällen das größte Interesse daran, daß die Konkurrenz nicht durch Anstellung einer mit den Verhältnissen dieses Absatzgebietes vertrauten Kraft gestärkt werde oder ihm durch die Etablierung des Handlungsgehülfen eine neue Konkurrenz erwachse. Andererseits kann der Handlungsgehülfe, insbesondere ein Reisender, seine Kenntnisse und Fähigkeiten gerade in denjenigen Orten am besten betätigen und verwerten, mit deren Verhältnissen er durch den Geschäftsbetrieb näher bekannt geworden ist [1]).

Unter dem Gegenstand der Beschränkung ist die gewerbliche Tätigkeit zu verstehen, die dem Gehülfen durch die Klausel untersagt wird. Wie verschiedenartig die Beschränkung sein kann, ist schon oben eingehend erörtert worden [2]). Immer aber wird man daran festhalten müssen, daß sie sich nur auf die von dem Prinzipale betriebenen Branchen beziehen kann. Andernfalls würde das berechtigte Interesse desselben fehlen. Es muß durch die untersagte Tätigkeit wirklich eine Konkurrenztätigkeit möglich sein. Eine Klausel, die sich auf mehrere Branchen bezieht, wird deshalb meist zu weit gehen.

Eine Konkurrenzklausel ist für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als sie die oben angegebenen Grenzen einhält. Diese Grenzen festzulegen ist Sache des Richters, der hierbei nach freiem Ermessen verfährt. Eine über diese Grenze hinausschießende Klausel darf er aber nicht schlechterdings für nichtig erklären. Vielmehr bestimmt er die Grenzen, bis zu denen sie für den Gehülfen verbindlich ist, und erklärt sie bezüglich des Uebermaßes für unverbindlich. Hiermit ist ihm ein weit größerer Spielraum eingeräumt, als ihm nach dem bisherigen Rechte [3]) zustand. Danach hatte er nur die Möglichkeit, eine Klausel für gültig oder für ungültig zu erklären. Jetzt ist seine Aufgabe, einen ungültigen Vertrag

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 237.

[2]) S. 53 ff.

[3]) R. G. Bd. 31 S. 100 v. 19. 5. 1893; vgl. auch Bolze Bd. 7 No. 531 R. G. v. 19. 1. 1889, wo das R. G. eine Einschränkung vorgenommen hat.

in einen gültigen umzuändern mit der Wirkung, daß die Klausel dann als von Anfang an in diesem Umfange festgesetzt gilt [1]).

Damit ist dem Richter eine schwierige Aufgabe gestellt, und es wird ihm nicht möglich sein, — wenigstens soweit sich der Prozeß vor den ordentlichen Gerichten abspielt — ohne eingehende Gutachten Sachverständiger den richtigen Mittelweg zu finden [2]). „Aber," so sagt die Denkschrift [3]), „eine unerfüllbare Aufgabe ist dem Richter damit nicht gestellt. Aehnliche Entscheidungen sind von ihnen auch sonst zu treffen. Es darf erwartet werden, daß eine die Verhältnisse des praktischen Lebens und die in Betracht kommenden Interessen in sachgemäßer Weise berücksichtigende Rechtsprechung am sichersten dahin gelangen wird, die Mißbräuche, die zur Zeit mit der Verwendung der Konkurrenzklausel getrieben werden, zu beseitigen."

Der Richter wird die für die Klausel zulässigen Grenzen um so enger ziehen, je geringer das Interesse des Prinzipals an der Klausel ist.

Durch die Grenzlinie wird die Klausel in zwei Teile zerlegt. Der eine Teil ist der verbindliche Teil der Klausel, der andere der unverbindliche. Je geringer nun das Interesse — und zwar kommt hier nur das berechtigte Interesse in Frage — des Prinzipals an der Klausel ist, um so kleiner wird der verbindliche Teil, um so mehr wächst der unverbindliche. Besteht nun gar kein berechtigtes Interesse des Prinzipals — beispielsweise, wenn der Prinzipal eine ganz andere Branche betreibt, als diejenige, bezüglich deren er dem Gehülfen die Beschränkung auferlegt hat, oder wenn er den Betrieb

---

[1]) Düringer-Hachenburg S. 235, II und 236, IV; Gierke in G. Z. Bd. 45 S. 470; Goldmann S. 359; Lehmann-Ring S. 181; Makower S. 228 u. a. Fuld (S. 94) hat diese Bedeutung der Worte „insoweit unverbindlich" gänzlich mißverstanden, indem er annimmt, der Richter müsse die Klausel ihrem gesamten Inhalte nach für ungültig erklären, wenn diese in irgend einer Beziehung eine Unbilligkeit enthalte. Auch Schilling verstößt in seinem Beispiel zu Seite 5 hiergegen, indem er eine auf 5 Jahre für das Gebiet des Deutschen Reiches vereinbarte Klausel schlechterdings, weil die Grenzen der Billigkeit überschreitend, für unverbindlich erklärt.

[2]) Gierke, Entwurf S. 26; Renger S. 33.

[3]) S. 63; bei Hahn-Mugdan S. 242.

seines Gewerbes endgültig eingestellt hat[1]) — so wird der verbindliche Teil unendlich klein, er verschwindet vollständig, und die ganze Klausel muß auf die Seite des unverbindlichen Teiles geschrieben werden, mit kurzen Worten gesagt: Der Richter muß dann die ganze Klausel für unverbindlich erklären, sie ist dann nichtig[2]). Düringer und Hachenburg[3]) bestreiten, daß nach § 74 Abs. I eine Konkurrenzklausel auch für nichtig erklärt werden kann. Sie wollen die Nichtigkeit aus § 138 Abs. II B.-G.-B. folgern. Sie übersehen, daß nach § 74 H.-G.-B. jede Konkurrenzklausel, auch eine solche, die gegen die guten Sitten verstößt, nur „insoweit" unverbindlich ist, als sie die zulässige Grenze überschreitet. Durch Richterspruch kann sie auf den angemessenen Teil zurückgeführt werden. Nach Düringer-Hachenburg müßte in einem solchen Falle der Richter die ganze Klausel für nichtig erklären. Das hat der Gesetzgeber mit dem § 74 nicht beabsichtigt. Er hat vielmehr hier eine Spezialvorschrift gegeben, die von dem § 138 B.-G.-B. abweicht. Nach Art. 2 Abs. I des E. G. z. B.-G.-B. ist also der § 138 B.-G.-B. von der Anwendung auf die Konkurrenzklausel durch § 74 Abs. I H.-G.-B. ausgeschlossen[4]). Vgl. auch den Kommissionsbericht, welcher besagt[5]): „Als die einstimmige Ansicht der Kommission wurde im Laufe der Debatte festgestellt, daß eine zu weit gehende Vertragsbestimmung nach dem Sinne der Vorlage nicht den ganzen Vertrag nichtig mache, sondern nur die Einschränkung herbeiführe, und daß selbstverständlich der Richter je nach der Sachlage aber

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg S. 237; Goldmann S. 360; Frankenburger S. 111; Bolze Bd. 13 No. 396 R. G. v. 26. 10. 1891.

[2]) ebenso Frankenburger S. 110; Goldmann S. 360; Haase S. 29; Könige S. 48; Makower S. 228; Moses S. 22; Staub S. 338, der die Nichtigkeit daneben auch aus § 138, II B. G. B. annimmt, ebenso Horrwitz S. 152, offenbar auch R. G. in J. W. 99 S. 50 No. 55 v. 29. 11. 1898. a. M. Oberländer S. 32 und Steiner S. 27.

[3]) S. 236; ebenso Klemm S. 57.

[4]) ebenso Lehmann-Ring S 181; Makower S. 228 u. a.; a. M. Lipinski S. 149, der sich auf eine Aeußerung des Regierungsvertreters bei Beratung des § 138 B. G. B. in der Reichstagskommission stützt, eine Aeußerung, die bei der damaligen Rechtslage, wo § 74 H. G. B. noch nicht bestand, zwar ihre Berechtigung hatte, aber nach Einführung des § 74 H. G. B. für unsere Auffassung nicht mehr in Betracht kommen kann.

[5]) S. 41; bei Hahn-Mugdan S. 566.

auch in der Lage sei, die ganze Klausel für unverbindlich, weil unbillig, zu erklären." Aus den Worten „weil unbillig" geht die Bezugnahme auf den Wortlaut des § 74 und damit auf § 74 H.-G.-B. hervor. Hätte die Kommission den § 138 B.-G.-B. gemeint, so hätte sie sicherlich gesagt: „weil unsittlich."

Zweifelhaft ist noch, ob der Richter eine Einschränkung nur nach den drei Richtungen Ort, Zeit und Gegenstand oder auch hinsichtlich der Art der Beschränkung machen kann. Diese Frage läßt sich nicht ohne weiteres verneinen. Man wird sagen müssen: Sind in der Klausel verschiedene Arten von Konkurrenztätigkeit genannt, wie z. B. „Errichtung eines Konkurrenzgeschäftes oder Eintritt in ein solches," so ist der Richter wohl befugt, hinsichtlich einer Art die Klausel aufrecht zu erhalten, hinsichtlich der andern aber die Klausel für unverbindlich zu erklären. Enthält die Klausel aber nur eine Art der Beschränkung, so kann der Richter nicht diese Art für unzulässig und eine andere im Vertrage nicht genannte Art, z. B. Besuch der Kunden des früheren Prinzipals, für zulässig erklären; er kann dann nur die räumliche und zeitliche Grenze ändern oder auch die ganze Klausel für nichtig erklären. Zu diesem Resultat gelangt man sehr einfach, wenn man sich die Klausel so zerlegt denkt, daß der Gehülfe hinsichtlich jeder Art der Beschränkung eine besondere Klausel mit dem Prinzipal vereinbart hat. Dann ist der Richter in die Lage versetzt, die eine Klausel evtl. für nichtig, die andere für gültig zu erklären. Ja, man wird ihm sogar das Recht einräumen müssen, bezüglich jeder Art verschiedene zeitliche und räumliche Grenzen festzulegen[1]).

Der Handlungsgehülfe wird vielfach, wenn nicht in den meisten Fällen, der Ansicht sein, daß die Klausel in unbilliger Weise sein Fortkommen erschwere. Damit ist ihm aber wenig geholfen, wenn nicht durch Richterspruch die Grenzen gezogen sind, inwieweit die Klausel billig, wieweit sie unbillig ist. Darum wird er ein großes Interesse daran haben, diese Grenzen möglichst bald feststellen zu

[1]) ebenso Renger S. 39; auch Fromm S. 58 und Roßner S. 31, die unter „Gegenstand" auch die „Art" mit einbegreifen. a. M. Düringer-Hachenburg S. 238; Lehmann-Ring S 181; Makower S. 228; Reinshagen S. 24; Staub S. 338; Steiner S. 27; Tiedemann S. 93.

lassen. Durch die Klausel erlangt der Prinzipal einen Anspruch auf ein Unterlassen des Gehülfen. Hierdurch fühlt sich dieser mit Grund in Bezug auf die Einrichtung seiner künftigen Verhältnisse beengt; er hat daher ein rechtliches Interesse daran, alsbald eine gerichtliche Entscheidung darüber zu erlangen, ob und inwieweit jene Ansprüche gerechtfertigt sind. Damit sind für ihn die Voraussetzungen zur Erhebung einer Feststellungsklage gemäß § 256 Z.-P.-O. gegeben.

Hat der Gehülfe diese Feststellungsklage während des Dienstverhältnisses versäumt, so gerät er nach Beendigung desselben in die mißliche Lage, eine sich ihm darbietende vorteilhafte Stellung, die möglicherweise vom Richter für nicht unter das Verbot fallend erachtet wird, auszuschlagen, oder aber, er nimmt die Stellung an, wartet die Klage des Prinzipals ab und nimmt damit das Risiko auf sich, eventuell wegen Uebertretung des Verbotes verurteilt zu werden. Aus diesem Gesichtspunkte ergibt sich der Vorteil für den Gehülfen von der sich ihm in § 256 Z.-P.-O. darbietenden Gelegenheit, die Grenzen der Klausel vorher feststellen zu lassen, Gebrauch zu machen [1]).

Wenn auch eine Feststellungsklage von dem Gehülfen während des Dienstverhältnisses selten angestellt wird, da der Gehülfe dadurch leicht seine Stellung riskiert, so ist es meines Erachtens doch zu weit gehend, wenn Steiner [2]) behauptet, es fehle dem an sich außerordentlich wertvollen und ehrlich erkämpften Ermäßigungsrechte erheblich an praktischer Lebenskraft.

Zu erwähnen ist noch, daß unter Umständen das fortgesetzte Schweigen des Prinzipals gegenüber der Verletzung der Konkurrenzklausel trotz Kenntnis dieser Verletzung als Zustimmung zu derselben aufzufassen ist [3]).

---

[1]) ebenso R. G. Bd. 40 S. 97 v. 4. 12. 1897; Kfmann Bd. 5 S. 64 No. 16 und S. 494 No. 11 R. G. v. 28. 6. 1901; Dickel S. 77; Düringer-Hachenburg S. 238; Goldmann S. 359; Staub S. 337 u. a. vgl. auch K. G. Breslau v. Jahre 1906 bei Koslowski S. 85.

[2]) S. 29; ebenso Renger S. 37.

[3]) Bolze Bd. 21 No. 268 R. G. v. 4. 12. 1895; ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O.; Lipinski S. 151.

Zum Schlusse sei noch darauf hingewiesen, daß die Höhe einer für die Uebertretung der Konkurrenzklausel stipulierten Vertragsstrafe an sich keinen Grund bildet, die ganze Vereinbarung für unwirksam zu erklären. Durch sie wird das Fortkommen des Handlungsgehülfen nicht erschwert. Ihr gegenüber ist daher nur von dem Ermäßigungsrechte des § 343 B.-G.-B. (vgl. unten) Gebrauch zu machen[1]).

III. Mit Minderjährigen und Entmündigten abgeschlossene Konkurrenzklauseln.

I.

Nach § 74 Abs. III H.-G.-B. ist die Konkurrenzklausel nichtig, „wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist."

Sowohl im Reichstag wie in der Literatur ist diese Bestimmung vielfacher Kritik unterworfen worden[2]).

Die Denkschrift[3]) motiviert diese Bestimmung mit der Erwägung, „daß eine Vertragsbestimmung, durch welche der Gehülfe einer Beschränkung hinsichtlich der künftigen Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit unterworfen wird, ihn nur binden dürfe, wenn er bei Uebernahme der Verpflichtung in der Lage sei, deren Tragweite

[1]) Fuld bei Gruchot S. 579.

[2]) vgl. Hahn-Mugdan S. 468, 483, 504, 529, 569.

[3]) S. 64; bei Hahn-Mugdan S. 242.

in vollem Umfange selbst zu würdigen, und daß andererseits ein Angestellter, der noch nicht das Alter der Volljährigkeit erreicht habe, der Regel nach kaum so bald in der Lage sein werde, die berechtigten Interessen des Geschäftsinhabers durch die Tätigkeit in einem Konkurrenzbetriebe zu gefährden."

Zweierlei läßt sich gegen diese Begründung einwenden. Einmal ist nicht genügend darin berücksichtigt worden, warum, wie in so vielen Fällen, die fehlende Erkenntnis des Minderjährigen durch die Erklärung des gesetzlichen Vertreters, dem diese Erkenntnis sicher innewohnt, nicht ersetzt werden kann, zumal häufig auch noch das Vormundschaftsgericht nach § 1822 Nr. 6—7 B.-G.-B. ein Wort mitzusprechen hat. Zum andern ist nicht einzusehen, warum ein Minderjähriger nicht ebensosehr wie ein Volljähriger imstande sein soll, seinem früheren Prinzipal durch Konkurrenz zu schaden. Ein 18—20-jähriger Handlungsgehülfe kann sich in derselben Weise und in demselben Umfange wie ein älterer derartige Kenntnisse des Betriebes aneignen, daß er dadurch in die Lage versetzt wird, nach seinem Ausscheiden wirksame Konkurrenz zu machen. Und gerade diese Fähigkeit wird den Prinzipal zumeist veranlassen, entweder keinen minderjährigen Handlungsgehülfen aufzunehmen, oder, wenn er einen solchen aufnimmt, demselben möglichst wenig Gelegenheit zu geben, solche Zweige des Betriebes kennen zu lernen, die ihn zu wirksamer Konkurrenz befähigen [1]).

Dagegen läßt sich für diese Bestimmung mit Renger [2]) anführen, daß der Gehülfe zu besserer und vielseitigerer Ausbildung in den ersten Jahren häufiger seine Stellung wechseln wird. Eine ihn bindende Konkurrenzklausel würde ihm aber die Möglichkeit eines öfteren Wechsels wesentlich erschweren.

Dem Abgeordneten Rören wird darin beizustimmen sein [3]), daß diese Einschränkung wohl getroffen ist, um dadurch denjenigen, die überhaupt ein Verbot der Konkurrenzklausel wollen, eine Konzession zu machen.

Der Handlungsgehülfe muß minderjährig sein. Das H.-G.-B. enthält über diesen Begriff keine Bestimmung, vielmehr sind für den Begriff der Minderjährigkeit nach Art. 2 Abs. I E. G. z.

[1]) a. M. Renger S. 29.

[2]) S. 28; dagegen Ritter in D. J. Z. 1902 S. 353.

[3]) Sten. Bericht S. 4560; bei Hahn-Mugdan S. 468.

H.-G.-B. die Bestimmungen des B.-G.-B. maßgebend. Danach ist jeder bis zur Erlangung der Volljährigkeit minderjährig. Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des 21. Lebensjahres von selbst ein, wenn der Minderjährige nicht schon vorher durch Beschluß des Vormundschaftsgerichtes für volljährig erklärt ist[1]). Ein für volljährig Erklärter unterliegt also auch nicht der Bestimmung des § 74 Abs. III H.-G.-B.[2])

Die Minderjährigkeit muß zur Zeit des Abschlusses der Vereinbarung vorliegen. Dies ist derjenige Zeitpunkt, in welchem die Klausel durch beiderseitige Willenserklärung ihrem Inhalt und ihrer Wirkung nach festgestellt wurde[3]). Deshalb ist die Konkurrenzklausel auch dann ungültig, wenn die Vereinbarung bei Minderjährigkeit des Gehülfen getroffen ist, derselbe seinen Dienst aber erst nach Eintritt der Volljährigkeit bezw. nach der Volljährigkeitserklärung angetreten hat[4]). Jede von einem Minderjährigen, also auch von einem nur in der Geschäftsfähigkeit nach Maßgabe der §§ 106 ff. B.-G.-B. Beschränkten getroffene Konkurrenzklausel ist absolut nichtig. Daran ändert auch nichts die Bestimmung der §§ 107, 108 B.-G.-B., wonach die Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen abgeschlossenen Vertrages von der Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abhängt. Von einem negotium claudicans kann hier keine Rede sein, denn § 74 Abs. III ist im Verhältnis zu B.-G.-B. §§ 107, 108 eine lex specialis, sodaß §§ 107, 108 B.-G.-B. hier keine Anwendung finden können. Aus dem gleichen Grunde ist hier § 113 B.-G.-B. ohne Einfluß. Es ist also ganz gleich, ob der Gehülfe oder für ihn der gesetzliche Vertreter die Konkurrenzklausel abgeschlossen hat[5]). Diese Nichtigkeit ist eine absolut zwingende Gesetzesvorschrift, die die Parteien nicht einmal durch ausdrückliche Abmachungen ausschließen dürfen. Auch die Berücksichtigung einer etwa abweichenden Handels- oder

---

[1]) vgl. § 2 ff. B. G. B.

[2]) Gareis, H. G. B. S. 89, 4; Staub S. 337.

[3]) Fuld S. 95.

[4]) Lehmann-Ring S. 180; Roßner S. 33; Tiedemann S. 103.

[5]) Cosack S. 98; Düringer-Hachenburg S. 239; Lehmann-Ring S. 180; Litthauer-Mosse S. 91 No. 8; Makower S. 228; Staub S. 337 u. a.

Verkehrssitte ist nach dem heutigen Rechte unzulässig [1]). Ebensowenig macht es etwas aus, ob der Prinzipal die Minderjährigkeit gekannt hat oder nicht; denn die einzige Voraussetzung für die Nichtigkeit ist, daß der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses der Vereinbarung minderjährig ist.

Wie ist es aber, wenn der Handlungsgehülfe das Dienstverhältnis nach erlangter Volljährigkeit fortsetzt? Ist er nun an die Klausel gebunden?

Diese Frage ist bestimmt zu verneinen. Die vereinbarte Klausel ist bereits bei ihrer Vereinbarung nichtig gewesen, sie ist also garnicht rechtsgültig zur Entstehung gelangt. An ein Wiederaufleben in irgend einem späteren Zeitpunkte ist also garnicht zu denken [2]). Vielmehr muß der Gehülfe, wenn ihn die Klausel binden soll, durch einen vollständig neuen Vertrag verpflichtet werden. Nach § 141 B.-G.-B. genügt auch dazu eine Bestätigung der früheren nichtigen Vereinbarung. Verlangt wird eine bestimmte Willenserklärung des Handlungsgehülfen. Eine bestimmte Form ist für die Vereinbarung nicht vorgeschrieben. Deshalb kann diese Bestätigung der nichtigen Klausel auch in konkludenten Handlungen des volljährig gewordenen Handlungsgehülfen gefunden werden [3]). Ob solche vorliegen, ist allerdings lediglich Tatfrage. Auf keinen Fall ist einfaches Stillschweigen des Gehülfen als Bestätigung anzusehen; denn der Satz des römischen Rechtes: „qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est eum non negare (l 142 D, de regul. jur L,17)“ [4]) steht im Widerspruch mit unseren modernen Rechtsanschauungen. Wo die Rechtsordnung dem Schweigen ausdrücklich Zustimmung beilegt, ist dies besonders im Gesetz hervorgehoben.

Auch die Bürgschaft des gesetzlichen Vertreters oder eines sonstigen Dritten für die Einhaltung der Vereinbarung seitens des

---

[1]) Gutsche S. 57.

[2]) vgl. Gewerbe- und Kfmsgericht 11 S. 200 K. G. Mannheim v. 6. 5. 1905 (bei Staub S. 337); Ritter S. 122 und andere; a. M. Horrwitz S. 153, der schon die tatsächliche Fortsetzung des Dienstverhältnisses für genügend hält.

[3]) ebenso Fromm S. 47; Reinshagen S. 28; Steiner S. 14; Tiedemann S. 103 u. a.

[4]) Heilfron, Allg. Teil 2. Aufl. Berlin 1900 S. 449.

Minderjährigen ist — nach §§ 765, 767 B.-G.-B. aus der accessorischen Natur der Bürgschaft sich ergebend — nichtig. Etwas anders liegt der Fall, wenn der gesetzliche Vertreter oder ein sonstiger Dritter sich persönlich verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Minderjährige während bestimmter Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses seinem bisherigen Prinzipal keine Konkurrenz mache, und für den Fall, daß der Minderjährige doch Konkurrenz macht, sich persönlich einer Vertragsstrafe unterwirft.

Die Rechtsprechung ist der Ansicht, daß der § 75 Abs. III nur Minderjährige schützen solle. Es solle nicht zugelassen werden, daß Minderjährige Verpflichtungen eingingen, deren Tragweite sie nicht übersehen könnten. Die Erwägungen träfen für den hier erwähnten Fall nicht zu, da die die Verpflichtung übernehmenden Personen volle Einsicht besäßen. Auch würde dadurch der Minderjährige in keiner Weise verpflichtet. Mit Ausnahme der in § 113 B.-G.-B. genannten Fälle könnte außerdem der minderjährige Gehülfe ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters in kein Konkurrenzgeschäft eintreten. Es käme also ein von dem Vater auf denselben ausgeübter moralischer Zwang garnicht in Betracht. Nur wenn der minderjährige Gehülfe nach § 113 B.-G.-B. zur Abschließung von Dienstverträgen Geschäftsfähigkeit erlangt hätte, könnte man evtl. zu einem anderen Resultate kommen [1].

Dieser Anschauung ist einmal entgegenzuhalten, daß gerade das Recht des gesetzlichen Vertreters, seine Genehmigung zum Abschluß eines Dienstvertrages seitens des Minderjährigen zu versagen, im vorliegenden Falle mißbraucht werden würde. Ein, wie oben schon dargelegt, wünschenswerter, ja sogar notwendiger öfterer Wechsel eines Handlungsgehülfen in seiner Stellung würde dadurch ausgeschlossen. Die Ausbildung des Handlungsgehülfen würde darunter erheblich leiden. Für den Fall, daß der Minderjährige nach § 113 B.-G.-B. zum Abschlusse eines Dienstvertrages keiner Genehmigung bedarf, würde eine solche Vereinbarung nur bezwecken, einen moralischen Druck auf den Minderjährigen durch den Dritten zur Konkurrenzenthaltung auszuüben. Seine Abhängigkeit von dem

[1]) R. 1906 S. 571 No. 1378 O. L. G. Hannover v. 18. 1. 1906; R. O. L. G. 12 S. 422 No. 21, h, O. L. G. Naumburg v. 22. 1. 1906; S. 254 No. 13, e, γ, O. L. G. Darmstadt v. 2. 3. 1906 (R. 1906 S. 616 No. 1443).

Dritten wird den Minderjährigen gewöhnlich veranlassen, keine Konkurrenz zu machen und eine sich ihm darbietende vorteilhafte Stellung abzulehnen, um den Dritten vor erheblichem Nachteil zu bewahren. Der Erfolg ist in diesem wie in jenem Falle derselbe, den man durch Bindung des Gehülfen durch eine Konkurrenzklausel erreicht hätte (sofern Abs. III des § 74 H.-G.-B. nicht bestände). Dieser Erfolg wird auch in Wirklichkeit beabsichtigt. Der Vertrag würde also nur dazu dienen, den nach § 74 Abs. III beabsichtigten Schutz des minderjährigen Handlungsgehülfen zu beseitigen und diese Gesetzesbestimmung zu umgehen, ja dieselbe illusorisch zu machen. Nach allgemeiner Rechtsauffassung [1]) steht ein solches „in fraudem legis“ vorgenommene Rechtsgeschäft einem solchen gleich, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Es ist darum gleichfalls nach § 134 B.-G.-B. nichtig [2]).

Ist mit einem Minderjährigen eine Konkurrenzklausel unabhängig, also getrennt von dem Anstellungsvertrage vereinbart worden, so herrscht darüber kein Zweifel, daß die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel keinen Einfluß auf die Gültigkeit des Dienstvertrages hat [3]).

Wie verhält sich aber bei den weit häufigeren Fällen, daß die Konkurrenzklausel bei Abschluß des Dienstvertrages vereinbart worden ist, also einen Bestandteil des Dienstvertrages bildet, dieser Dienstvertrag?

§ 139 B.-G.-B. besagt: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“

Staub [4]) ist der Ansicht, daß die Regel des § 139 B.-G.-B. auf die hier in Rede stehende Verabredung nicht anwendbar, sondern

[1]) Fischer-Henle S. 72 Anm. 2 zu § 134; Heilfron I S. 481; Planck B. G. B. I S. 243 zu § 134.

[2]) ebenso Fromm S. 46; Reinshagen S. 28; Steiner S. 13; Tiedemann S. 104; a. M. Staub S. 337, wohl auch Litthauer-Mosse S. 91 Anm. 8.

[3]) ebenso Lehmann-Ring S. 180; Reinshagen S. 28 u. a.

[4]) S. 298; ebenso Fromm S. 48; Reinshagen a. a. O.; Roßner S. 35; Tiedemann S. 106.

gemäß Art. 2 Abs. I des E.-G. z. H.-G.-B. von der subsidiären Anwendung ausgeschlossen sei. Den Zwecken des Gesetzes genüge ein Zustand, kraft dessen die Abrede gegen die von ihm aufgestellten Schutzvorschriften nichtig sei, im übrigen aber der Vertrag zu Recht bestehen bleibt. Der Gesetzgeber habe diesen Zustand gewollt; dagegen habe er nicht gewollt, daß regelmäßig die Rechtsbeständigkeit des ganzen Vertrages in Frage gestellt werde, wenn eine Schutzvorschrift durch eine getroffene Abrede verletzt werde. Durch einen Rechtszustand der letzteren Art würden ja die Schutzvorschriften dazu beitragen, die Rechtsstellung der Handlungsgehülfen noch unsicherer zu machen, während der Gesetzgeber ihre Stellung befestigen wollte. Nur wenn ausnahmsweise der gegenteilige Parteiwille aus der Sachlage hervorgehe, würde der ganze Vertrag für nichtig zu halten sein. Sei der Prinzipal über die Minderjährigkeit im Irrtum, so könne er nach § 119 B.-G.-B. den Dienstvertrag anfechten.

Wir können uns dieser Meinung nicht anschließen. Art. 2 Abs. I E. G. z. H.-G.-B. besagt, daß die Vorschriften des B.-G.-B ergänzend eingreifen, soweit das H.-G.-B. keine Anordnung trifft. Der streitige Abs. III des § 74 H.-G.-B. spricht lediglich von einer „Vereinbarung", die nichtig sein soll, und meint damit die in Abs. I erwähnte Konkurrenzklausel. Darüber hinaus ist diesen Worten keine Bedeutung beizumessen, insbesondere kann man unter „Vereinbarung" weder den Dienstvertrag mit einbegreifen, noch kann man daraus entnehmen: „nur" die Vereinbarung ist nichtig. Abs. III wiederholt lediglich den in Abs. I gebrauchten Ausdruck. Also wird in § 74 garnicht die Frage geregelt, ja noch nicht einmal berührt, ob der Dienstvertrag von der Nichtigkeit der Konkurrenzklausel in Mitleidenschaft gezogen wird. Deshalb kann der § 139 B.-G.-B. von der Anwendung auf diesen Fall nicht ausgeschlossen werden; denn seine Vorschrift besteht und darf nicht ignoriert werden! Insbesondere existiert kein allgemeiner Rechtssatz der von Staub angeführten Art, daß die Rechtsbeständigkeit des ganzen Dienstvertrages nicht in Frage gestellt werde, wenn eine Schutzvorschrift durch eine Abrede verletzt werde.

Auch so ergibt sich ein dem Handlungsgehülfen durchaus nicht ungünstiges Resultat. Der Schlußsatz von § 139 B.-G.-B. ist von

den Gegnern zu wenig beachtet worden: „wenn nicht anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenomen sein würde." Dieser Satz enthält keine Regel über einen von der einen oder anderen Partei zu erbringenden Beweis. Vielmehr handelt es sich um eine an den Richter sich wendende Regel für die Auslegung des Vertrages, dessen Gültigkeit im Hinblick auf nichtige Einzelbestimmungen in Frage steht[1]). Im Hinblick auf Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte wird der Richter also bei seiner Entscheidung zu prüfen haben, ob, an diesen Kriterien gemessen, anzunehmen ist, daß der eine oder der andere der Kontrahenten, wenn er die Nichtigkeit der Abrede gekannt hätte, den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen hätte.

Daß der Prinzipal die nichtige Vorschrift des § 74 Abs. III H.-G.-B. unbedingt kennen muß, ist auf jeden Fall vorauszusetzen. Der Prinzipal wird auch stets von dem Alter seiner Angestellten, also auch von einer evtl. Minderjährigkeit derselben unterrichtet sein. Allerdings müßte ein etwaiger Irrtum in dieser Beziehung gemäß § 119 B.-G.-B. Berücksichtigung finden, wenn z. B. der Gehülfe sein Alter höher angegeben hat. In allen diesen Fällen, wo der Prinzipal die Minderjährigkeit kannte, zwingen die Grundsätze von Treu und Glauben im Rechtsverkehr dem Richter die Ueberzeugung auf, daß der Prinzipal bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles den Dienstvertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen haben würde. Es wird dem Prinzipal also die Behauptung nichts nützen, daß er die Konkurrenzklausel als conditio sine qua non des Dienstvertrages ansehe. Mit Unrecht nehmen daher die Gegner an, daß dem Gehülfen nur selten der Beweis gelingen wird, daß der Prinzipal auch ohne die Konkurrenzklausel abgeschlossen haben würde. Einen solchen Beweis braucht der Gehülfe nach dem Ausgeführten garnicht zu erbringen. In den weitaus meisten Fällen wird also der Prinzipal ebensowenig wie der Handlungsgehülfe aus der Nichtigkeit der Konkurrenzklausel die Nichtigkeit des Dienstvertrages ableiten dürfen. Dem Prinzipal wird also das Recht, den Dienstvertrag als nichtig anzusehen, nur dann zustehen, wenn er im Irrtum über das Alter des Gehülfen

[1]) vgl. für dies und das Folgende Markus S. 417

war, insbesondere, wenn er über das Alter desselben getäuscht worden ist. Dann wird die Ausnahme des Schlußsatzes von § 139 B.-G.-B. nicht geltend gemacht werden können. Auch in diesen Fällen kann der Prinzipal durch die Erklärung, daß er auch ohne den nichtigen Teil den Handlungsgehülfen engagiert haben würde, den Dienstvertrag aufrecht erhalten. In den zuletzt genannten Fällen räumen aber auch die Gegner dem Prinzipal das Recht ein, Nichtigkeit des Dienstvertrages durch Anfechtung desselben nach § 119 B.-G.-B. herbeizuführen, indem sie die Minderjährigkeit als eine im Verkehr wesentliche Eigenschaft und den Irrtum über die Minderjährigkeit daher als Irrtum über den Inhalt der Erklärung ansehen[1]). Auch die Gegner überlassen es dem Willen des Prinzipals, ob er den Gehülfen behalten will oder nicht. Allerdings, glaubt Reinshagen[2]), werde der Prinzipal von der Anfechtung sehr wenig Gebrauch machen, da er regelmäßig nach § 122 B.-G.-B. dem Gehülfen zu Schadensersatz verpflichtet sei. Wir behaupten, daß er nach § 122 Abs. II B.-G.-B. überhaupt nie zu Schadensersatz verpflichtet wäre, da ja der Gehülfe den Grund der Nichtigkeit, nämlich seine Minderjährigkeit, stets kennt.

Wir haben damit das gleiche Resultat erlangt, ohne uns über die Vorschrift des Art. II E. G. z. H.-G.-B. ohne genügende Motivierung hinweggesetzt zu haben[3]) [4]). Damit ist auch Staubs Ansicht in dem Hauptpunkte widerlegt, daß bei Anwendbarkeit des § 139 B.-G.-B. die Rechtsstellung des Handlungsgehülfen noch unsicherer gemacht würde.

---

[1]) vgl. § 119 Abs. II B. G. B. Gegen die Möglichkeit der Anfechtung läßt sich ja auch nichts einwenden.

[2]) S. 30.

[3]) Meiner Ansicht folgt Ritter in D. J. Z. 1902 S. 352, 1. Spalte oben und Markus a. a. O.

[4]) Goldmann S. 311 und 360 gelangt bezüglich der Anwendung des § 139 B. G. B. zu demselben Resultat, folgert aber daraus, daß in den meisten Fällen der Dienstvertrag gleichfalls nichtig sein wird. Ebenso, zum Teil ohne Begründung: Düringer-Hachenburg S. 239; Fravi S. 47; Klemm S. 59; Lehmann-Ring S. 180; Litthauer-Mosse S. 91 No. 8; Makower S. 228; Renger S. 30.

Im Anschluß hieran ist noch zu untersuchen, wie sich der § 139 B.-G.-B. einem Dienstvertrag gegenüber verhält, bei dem die darin enthaltene Konkurrenzklausel auf Grund von § 74 Abs. I H.-G.-B. für nichtig erklärt ist.

Hier wird man zu ähnlichen Resultaten kommen. Natürlich findet auch der § 139 B.-G.-B. Anwendung [1] [2]. Zu beachten ist, daß in diesem Falle die Klausel für jeden Handlungsgehülfen nichtig ist. Es hätte also für den Prinzipal keinen Zweck, den Gehülfen zu entlassen und einen anderen zu engagieren. Dieser würde ebensowenig durch die Klausel gebunden werden. Aus dieser Erwägung heraus kommt man zu der Ansicht, daß der Prinzipal stets den Gehülfen auch ohne die nichtige Konkurrenzklausel angestellt haben würde. Der Dienstvertrag wird also in keinem Falle beeinträchtigt. Der Richter muß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben die Aufrechterhaltung des Dienstvertrages aussprechen, sobald der Prinzipal Nichtigkeit aus § 139 B.-G.-B. geltend macht [3].

II.

Bisher haben wir nur von minderjährigen Handlungsgehülfen gesprochen. Den Minderjährigen stehen aber nach den Vorschriften des B.-G.-B. [4] die wegen Geistesschwäche oder Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten und die unter vorläufige Vormundschaft Gestellten gleich. Besonders behandelt werden die wegen Geisteskrankheit Entmündigten.

Bei einem wegen Geisteskrankheit Entmündigten haben wir drei Stadien zu unterscheiden: Das erste Stadium, in dem er noch

---

[1]) ebenso Renger a. a. O.; Staub S. 337.

[2]) mit dem Verhältnis des § 139 B. G. B. zu dem mit der Konkurrenzklausel verbundenen Dienstvertrage ist nicht zu verwechseln das Verhältnis des § 139 B. G. B. zu der Konkurrenzklausel; denn § 74 Abs. I ist lex specialis zu § 139, soweit die Konkurrenzklausel in Frage kommt. Dagegen wird in § 74 Abs. I H. G. B. der Dienstvertrag garnicht berührt.

[3]) Tiedemann (S. 95) erklärt den Dienstvertrag dann für nichtig, wenn aus der Sachlage oder dem Vertrage selbst der gegenteilige Parteiwille hervorgeht. Horrwitz (S. 159) gibt dem Prinzipal ein Anfechtungsrecht nach § 139, sofern er darzutun vermag, daß der Dienstvertrag ohne die Klausel im vollen Umfange nicht geschlossen wäre.

[4]) § 114.

geistig normal ist, das zweite, in dem er sich in dem Zustand krankhafter Störung der Geistestätgkeit befand, ohne entmündigt zu sein, und das dritte, in dem er wegen Geisteskrankheit entmündt ist. Nach § 104 B.-G.-B. Nr. 2—3 ist er in dem zweiten und dritten Stadium geschäftsunfähig; er kann also nach § 105 B.-G.-B. mit niemand eine rechtsgültige Vereinbarung treffen. In dem ersten Stadium dagegen könnte er, wenn er bereits volljährig war, rechtsgültig eine Konkurrenzklausel als Handlungsgehülfe mit einem Prinzipal vereinbaren. Wird er in der Folge geisteskrank, sei es vor oder nach der Beendigung des Dienstverhältnisses, so ist er nach § 827 B.-G.-B., gleichviel, ob er schon entmündigt ist oder nicht, für sein Tun nicht verantwortlich. Die Klausel wird dadurch nicht nichtig, sondern sie kann nur keine Rechtsfolgen für ihn haben[1]). Sofern jedoch lucida intervalla eintreten, ist er für die Dauer derselben an die Klausel gebunden, selbst wenn er schon entmündigt ist[2]). Der aus der Klausel Berechtigte könnte also Einstellung seiner evtl. Konkurrenztätigkeit verlangen resp., wenn eine Vertragsstrafe vereinbart war, dieselbe fordern, allerdings nach den Grundsätzen von Treu und Glauben erst dann, wenn der Gehülfe trotz Aufforderung seine Tätigkeit nicht eingestellt hat.

Praktischen Wert wird allerdings die beregte Frage, die in der Theorie interessante Fragen aufrollt, niemals haben.

Die unter § 114 B.-G.-B. fallenden Personen können, sofern sie bei Abschluß der Konkurrenzklausel schon entmündigt sind, nach § 114 B.-G.-B. in Verbindung mit § 74 Abs. III H.-G.-B. keine Konkurrenzklausel gültig vereinbaren. Werden sie aber erst nach Abschluß der Vereinbarung entmündigt, so findet § 74 Abs. III keine Anwendung, da sie ja „bei Abschluß" der Klausel nicht minderjährig, resp. gleich diesen, waren. Sie sind dann für eine Zuwiderhandlung gegen die Klausel voll verantwortlich; denn eine Gesetzesvorschrift, die sie davon befreien würde, existiert nicht. In der Praxis wird deshalb der Kaufmann einen bereits entmündigten oder unter vorläufige Vormundschaft gestellten Handlungsgehülfen nicht aufnehmen, wenn er sich vor Konkurrenztätigkeit durch denselben

[1]) vgl. jedoch § 829 B. G. B., wonach er unter Umständen gewissen Schaden zu ersetzen hat.

[2]) vgl. Heilfron I, S. 159.

bewahren will. Handelt er aber bei Annahme des Gehülfen in Unkenntnis seiner erfolgten Entmündigung oder vorläufigen Stellung unter Vormundschaft, so würde er, sobald er die Sachlage erfährt, den Vertrag nach § 109 B.-G.-B. widerrufen, oder er würde, da nach § 108 B.-G.-B. ein negotium claudicans vorliegt, die Genehmigung des Vormundes zu dem Vertrage einholen und auf die Konkurrenzklausel verzichten. Ist der Gehülfe schon längere Zeit im Geschäft gewesen, und hat er dadurch Einsicht in den Geschäftsgang erhalten, so ist er auch imstande, bei plötzlicher Entlassung dem Prinzipal wirksame Konkurrenz zu machen. Der Prinzipal wird ihn deshalb in den meisten Fällen lieber im Geschäft behalten und an einer Stelle beschäftigen, wo er keine Kenntnis des Betriebes erlangt.

Es geht aber aus diesem Umstande hervor, wie wichtig es für den Prinzipal ist, sich über die Geschäftsfähigkeit des Handlungsgehülfen genau zu informieren, wenn er nicht erheblichen Schaden davontragen will. Allerdings wird ihn häufig § 823 B.-G.-B. schützen, wonach ihm der Gehülfe den Schaden zu ersetzen hat. Wenn aber der Gehülfe unvermögend ist, und das wird er meistens sein, so wird auch diese Vorschrift für den Prinzipal illusorisch, weil er kein Mittel zur Hand hat, den Gehülfen zur Einstellung seiner Konkurrenztätigkeit zu zwingen.

IV. Unverbindlichkeit der Konkurrenzklausel.

A. Bei vertragswidrigem Verhalten des Prinzipals gemäß §§ 70, 71 H.-G.-B.

Oben ist bereits dargelegt, daß die Konkurrenzklausel stets mit der stillschweigenden Bedingung abgeschlossen ist: wenn nicht Umstände eintreten, welche die Wirksamkeit derselben aufheben.

Die Umstände, denen diese Fähigkeit innewohnt, sind in § 75 Abs. I H.-G.-B. aufgezählt[1]). Sie gründen sich, wie die Denkschrift[2]) ausführt, auf die „Forderung der Billigkeit, daß dem Prinzipal nur dann gestattet wird, dem Gehülfen auf Grund der getroffenen Vereinbarungen Beschränkungen hinsichtlich der freien Verwertung seiner Fähigkeiten aufzuerlegen, wenn er seinerseits bereit ist, dem Gehülfen in seinem Geschäft, soweit es angeht, die Möglichkeit des weiteren Fortkommens zu gewähren." In allen Fällen, in denen der Prinzipal diese Möglichkeit durch seine Schuld verhindert, ist, wie wir sehen werden, die Klausel für den Handlungsgehülfen unverbindlich.

Die gesetzliche Regelung war um so notwendiger, als die bisherige Rechtsprechung auch solche Klauseln für gültig erachtete, deren Verbindlichkeit für jeden Fall, gleichviel wer kündigte, verabredet war. Ja, sie war auch dann gültig, wenn das Dienst-

[1]) Unverständlich ist der Satz bei Ritter in der D. J. Z. 1902 S. 351: Die Klausel verliert ihre Wirksamkeit, „wenn das Dienstverhältnis durch Zeitablauf, Tod oder gegenseitige Uebereinkunft beendet wird."

[2]) S. 64, bei Hahn-Mugdan S. 243.

verhältnis durch berechtigte Kündigung des Angestellten wegen schuldhaften Verhaltens des Prinzipals vorzeitig beendet worden war[1]).

Den heutigen Rechtszustand regelt § 75 Abs. I dahin:

„Gibt der Prinzipal durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 aufzulösen, so kann er aus einer Vereinbarung der in § 74 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, es sei denn, daß für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den er nicht verschuldet hat, oder daß während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird."

Aus dieser Bestimmung ist zu schließen, daß die Klausel ihre Gültigkeit behält:

1. wenn der Handlungsgehülfe unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist kündigt,
2. wenn der Gehülfe kündigt, weil ein Grund nach § 70, 71 H.-G.-B. zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses vorhanden ist, sofern derselbe kein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals darstellt,
3. wenn der Prinzipal aus einem erheblichen von ihm nicht verschuldeten Anlaß kündigt,
4. wenn der Prinzipal
   a) ohne erheblichen Anlaß oder
   b) aus von ihm verschuldeten erheblichen Anlaß, der kein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals gemäß § 75 Abs. I Satz 1 darstellt, kündigt

---

[1]) Die Rechtsprechung schwankte. Im obigen Sinne sind Bolze Bd. 1 S. 164 No. 754 v. 14. 1. 1885; Bd. 3 No. 656 S. 191 v. 8. 7. 1886; Bd. 7 S. 196 No. 531 v. 19. 1. 1889 gehalten. Dem jetzigen Rechte ähneln: Bolze Bd. 5 No. 598 S. 186 v. 17. 12. 1887; No. 599 v. 31. 12. 1887; No. 600 S. 187 v. 25. 1. 1888 (R. G. Bd. 21 S. 107); Bd. 16 No. 389 S. 232 v. 6. 5. 1893; Bd. 17 No. 423 v. 14. 11. 1893 (G. Z. Bd. 46 S. 486 No. 93); Bd. 22 No. 411 S. 190 v. 1. 4. 1896; Seuff. Arch. Bd. 46 No. 214 R. G. v. 8. 12. 1890; Bd. 48 No. 101 S. 168 O. L. G. Kassel v. 28. 3. 1892; Bl. f. Rspfl. in Th. neue Folge Bd. XXV S. 261 No. 14 O. L. G. Jena v. 27. 1. 1897.

und für die Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortzahlt,

5. wenn das Dienstverhältnis nicht durch einseitige Auflösung, sondern auf Grund einer Vereinbarung sein Ende erreicht, worunter auch Ablauf der vereinbarten Zeit bei einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Diinstverhältnis zu rechnen ist [1]).

Aus § 75 Abs. I ist aber andererseits zu entnehmen, daß die darin bezeichnete Ungültigkeit der Konkurrenzklausel nur bei einseitiger Aufhebung des Dienstverhältnisses eintritt, und zwar im Falle des Satz 1 seitens des Handlungsgehülfen, und im Falle des Satz 2 seitens des Prinzipals, niemals aber, wenn die Auflösung des Dienstverhältnisses durch Vereinbarung herbeigeführt wird, wie z. B., wenn zwar die Voraussetzungen des Satz 1 gegeben sind, gleichzeitig aber das auf bestimmte Zeit abgeschlossene Dienstverhältnis sein Ende erreicht hat [2]).

Nach Satz 1 muß ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals vorliegen, welches den Handlungsgehülfen berechtigt, das Dienstverhältnis gemäß den Vorschriften der §§ 70, 71 H.-G.-B. aufzulösen.

Nach § 70 H.-G.-B. Abs. I kann das Dienstverhältnis von jedem Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Eine Definition der „wichtigen Gründe" gibt das Gesetz nicht. Es zählt nur in § 71 H.-G.-B. verschiedene Fälle auf, die „namentlich" als wichtige Kündigungsgründe für den Handlungsgehülfen anzusehen sind, „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen." Aus dem Worte „namentlich" folgt, daß § 71 keine erschöpfende Aufzählung der Gründe des Handlungsgehülfen geben will, sondern daß hier nur einige besonders wichtige Beispiele, bei denen man vielleicht schwanken könnte, angegeben sind [3]).

[1]) denn hier endigt das Dienstverhältnis auch durch Vereinbarung, nur ist dieselbe schon bei Abschluß des Dienstvertrages getroffen.

[2]) ebenso R. 1904 S. 171 No. 848 O. L. G. Posen v. 8. 10. 1903 (R. O. L. G. Bd. 8 S. 96; Kfmann Bd. 5 S. 62 No. 6); so auch schon R. G. v. 9. 3. 1887 bei Bolze Bd. 4 S. 204 No. 670.

[3]) vgl. Kfmann Bd. 5 S. 58 No. 3 O. L. G. Kolmar v. 13. 5. 1904 (R. O. L. G. Bd. 9 S. 248; R. 1904 S. 454).

Nach den Motiven zum B.-G.-B.[1]) umfassen „wichtige Gründe" alle Fälle, in denen „eine wesentliche Aenderung der bei Eingehung des Vertrages mutmaßlich gewürdigten Umstände" eintritt. Ein als wichtig anzuerkennender Grund ist immer gegeben, wenn nach Lage der Umstände dem anderen Teile nicht zugemutet werden kann, das Verhältnis wider seinen Willen fortzusetzen[2]). Wann dieser Fall vorliegt ist Tatfrage[3]) und wird vom Richter nach freiem Ermessen bestimmt. Durch Vertrag können irgend welche Tatbestände nicht zu wichtigen Gründen oder an sich wichtige Gründe nicht zu unwichtigen Gründen gemacht werden[4]). Solche Abreden sind rechtlich ungültig, können aber für das richterliche Ermessen „tatsächlich" von Bedeutung werden. Auch durch § 71 H.-G.-B. ist dem freien Ermessen keine Schranken gesetzt; denn es heißt dort: „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen"[5]).

Die Aufzählung der einzelnen in § 71 genannten Fälle würde zu weit führen[6]). Es sei nur darauf hingewiesen, daß durch Nr. 3 die Stellung des Handlungsgehülfen erheblich günstiger gestaltet ist,

---

[1]) Mot. z. Entw. eines B. G. B. Bd. II S. 469 (bei Neumann II, 2, S. 54); vgl. Stammler S. 565 und R. 1902 S. 326 O. L. G. Frankfurt a. M. v. 27. 2. 1901.

[2]) R. O. L. G. Bd. 8 S. 254 No. 21 f. O. L. G. Hamburg v. 4. 2. 1904; Cuno S. 15; Horrwitz S. 131.

[3]) ebenso Staub S. 318 Anm. 6; J. W. 1901 S. 209 No. 9 R. G. v. 19. 2. 1901; R. 1907 S. 68 No. 94 R. G. v. 6. 11. 1906 (J. W. 1906 S. 813 No. 9). Nach Horrwitz (S. 132) ist es eine der Revision unterworfene Rechtsfrage.

[4]) ebenso Neumann Bd. II, 2 S. 55 No. 4 O. L. G. Hamburg v. vom 28. 4. 1899; R. 1902 S. 269 O. L. G. Frankfurt v. 14. 2. 1902; Kfmann Bd. 1 S. 12a R. G. v. 19. 2. 1901 (J. W. 1901 S. 209); Cosack S. 97; a. M. Horrwitz S. 134; Ritter S. 118; Staub S. 319.

[5]) vgl. Kfmann Bd. 5 S. 58 No. 3 O. L. G. Hamburg v. 13. 7. 1904 (R. O. L. G. Bd. 9 S. 251 No. 21 m).

[6]) vgl. Beispiele von wichtigen Gründen: R. 1904 S. 50 No. 247 O. L. G. Hamburg v. 21. 10. 1903 (R. O. L. G. Bd. 7 S. 385 No. 39, g; Kfmann Bd. 4 S. 54, i); R. 1902 S. 592 O. L. G. Kolmar v. 2. 11. 1902 (Kfmann Bd. 3 S. 45, b); Kfmann Bd. 5 S. 62 No. 11 O. L. G. Dresden v. 12. 6. 1903; Kfmann Bd. 6 S. 39 No. 13 R. G. v. 24. 3. 1905 (R. 1905 S. 372 No. 1709); R. 1907 S. 316 No. 648 R. G. v. 1. 2. 1907.

indem er auch dann sofort das Dienstverhältnis auflösen kann, wenn der Prinzipal den ihm nach § 62 H.-G.-B. obligenden Verpflichtungen nachzukommen sich weigert, d. h. wenn er auf einmalige Aufforderung hin den Mißstand nicht abstellt[1]). Ein wichtiger Grund kann auch in der Gesamtheit der Umstände gefunden werden, wenn jeder einzelne für sich betrachtet noch nicht einen wichtigen Grund ausmacht[2]).

Der wichtige Grund muß aber ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals darstellen. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes reicht an sich noch nicht aus, um die Hinfälligkeit der Klausel zu bewirken; denn das würde eine große Härte gegen den Prinzipal bedeuten, wenn der Gehülfe ohne Verschulden des Prinzipals einen wichtigen Grund zur Auflösung ohne Kündigungsfrist erhielte, z. B. wenn der Handlungsgehülfe durch Krankheit zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig wird, und nun der Prinzipal seiner Ansprüche aus der Klausel verlustig ginge. Der Prinzipal muß den wichtigen Grund veranlaßt und damit gegen den Dienstvertrag verstoßen haben.

Der Begriff des vertragswidrigen Verhaltens ist im Gesetz selbst nicht erläutert. Das Verhalten des Prinzipals muß objektiv und subjektiv rechtswidrig sein[3]). Das ist zwar im H.-G.-B. selbst nicht gesagt. Bei der Beratung des Entwurfes zum B.-G.-B., speziell des § 566 — des späteren § 626 —, der für § 70 Abs. II des H.-G.-B. vorbildlich geworden ist, wurde aber in der II. Kommission ausdrücklich diese Ansicht als Meinung der Mehrheit festgestellt[4]). Hat also der Prinzipal zwar den Vertrag verletzt, aber ohne daß darin ein wichtiger Grund zur Vertragsauflösung liegt, so kann durch eine deswegen erfolgende Kündigung die Wirksamkeit der

---

[1]) vgl. analog zu No. 4 Kfmann Bd. 1 S. 13, c L. G. Magdeburg v. 31. 5. 1900.

[2]) R. 1905 S. 169 No. 769 R. G. v. 12. 7. 1904 (Kfmann Bd. 6 S. 38 No. 6; Holdheim Bd. 14 S. 25; D. J. Z. 1905 Beil. 5. Spruchsammlung S. 100).

[3]) R. O. L. G. Bd. 8 S. 255 No. 21, g O. L. G. Hamburg v. 8. 2. 1904; Fravi S, 51; Goldmann S. 342; Planck Bd. II 3. Aufl. S. 585 unter 3a zu § 628 B. G. B.; Staub S. 322.

[4]) Pot. d. II. Lesung S. 2201 zu § 566 des Entw. I des B. G. B.

Klausel nicht beeinträchtigt werden[1]). Demgemäß scheiden alle Fälle aus, in denen die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zufolge eines in der Person des Prinzipals liegenden, von diesem aber nicht zu vertretenden Umstandes und ebenso alle diejenigen Fälle, in denen dieselbe zufolge eines in der Person des Kündigenden selbst eintretenden Umstandes erfolgt. Wir können also mit Staub[2]) vertragswidriges Verhalten definieren als: „Schuldhafte Pflichtverletzung seitens des anderen Teiles."

Ein großer Streit ist über die Frage entstanden, ob der Handlungsgehülfe das Dienstverhältnis aufgelöst haben muß, oder ob die Klausel schon dadurch hinfällig wird, daß überhaupt ein solcher Grund vorliegt.

Der letzteren Ansicht folgen Cosack[3]) und Düringer-Hachenburg[4]), indem sie behaupten, auch wenn der Gehülfe unter Einhaltung der Kündigungsfrist kündige oder wenn der Vertrag ohne Kündigung sein Ende erreiche, könne der Gehülfe gegenüber dem Anspruch des Prinzipals einwenden, daß ihm der letztere durch sein vertragswidriges Verhalten die Fortsetzung des Dienstverhältnisses und damit ein Fortkommen in seinem Geschäft unmöglich gemacht habe[5]). Er brauche den Prinzipal nicht einmal darauf aufmerksam zu machen. Allerdings könnte im Einzelfalle das Verhalten des Gehülfen als Erneuerung der Klausel oder als Billigung der vom Prinzipal begangenen Pflichtverletzung aufzufassen sei. Dann sei der Gehülfe weiter an die Klausel gebunden[6]).

---

[1]) Makower S. 231; R. G. Bd. 54 S. 123 v. 13. 3. 1903.

[2]) S. 322.

[3]) S. 98.

[4]) S. 241.

[5]) ebenso Frankenburger S. 111; Gareis, H. G. B. S. 90; Horrwitz S. 154; Litthauer-Mosse S. 93; Renger S. 42; Reinshagen S. 32; jetzt auch Makower S. 231.

[6]) ebenso R. G. v. 22. 1. 04 in J. W. 04 S. 149 No. 23 (R. G. Bd. 56 S. 372; Kfmann Bd. 5 S. 62 No. 8); R. G. v. 2. 2. 06 im R. 06 S. 387 No. 1003; K. G. Dortmund v. 30. 3. 1906 in Gewerbe- und Kfmsgericht Bd. 12 S. 110 No. 44; Reinshagen S. 92; a. M. Renger S. 42.

Dem entgegen behauptet Staub[1]), daß die einseitige Aufhebung des Dienstverhältnisses auch wirklich erfolgt sein muß. Die Klausel behält ihre Kraft, wenn der Gehülfe trotz Vorliegen dieses Kündigungsgrundes im Dienste verbleibt oder mit ordentlicher Frist kündigt.

Der Wortlaut des Gesetzes berechtigt allerdings nicht zu dieser Auffassung; jedoch ist Staubs Ansicht aus folgenden Gründen beizutreten:

Die Vorschrift des § 75 will den Handlungsgehülfen schützen. In seinem Abs. I zählt der § 75 die beiden korrespondierenden Fälle auf, in denen aus der Konkurrenzklausel keine Ansprüche geltend gemacht werden können, der erste, wenn der Gehülfe unter gewissen Umständen kündigt, der zweite, wenn der Prinzipal kündigt. Beide Fälle sind einander gegenüber gestellt. Im zweiten in § 75 Satz 2 ausgesprochenen Falle unterliegt es keinem Zweifel, daß die Kündigung durch den Prinzipal wirklich erfolgen muß. In den Worten: „das Gleiche gilt, wenn der Prinzipal kündigt", liegt eine Zurückverweisung auf den Fall in Satz 1, in welchem die Kündigung durch den Gehülfen erfolgt. Konsequenter Weise muß man auch dort eine wirkliche Kündigung verlangen[2]). Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde der § 75 Satz 1 eine Strafvorschrift für die Prinzipale bilden, die ihren Gehülfen einmal einen wichtigen Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses gegeben haben. Eine solche Benachteiligung der Prinzipale kann der Gesetzgeber nicht bezweckt haben. Wenn die Vorschrift auch in erster Linie die Gehülfen berücksichtigt, so soll sie doch beiden

[1]) S. 342; ebenso Dove S. 59; Goldmann S. 363; Lehmann-Ring S. 182; Neumann II, 2 S. 63 No. 1a; Ritter S. 124 e und in D. J. Z. 02 S. 351; Rudorff S. 37; Zirndorfer bei Holdheim, 7. Jhrgg. S. 57 zu a; R. O. L. G. Bd. 5 S. 272 O. L. G. Stuttgart v. 18. 4. 1902 (R. 03 S. 23 No. 136); R. 02 S. 616 No. 2860 O. L. G. Frankfurt a. M. v. 26. 9. 1902, woran sich die folgenden Ausführungen zum Teil anschließen; Kfmann Bd. 5 S. 62 No. 6 O. L. G. Posen v. 8. 10. 03 (R. O. L. G. Bd. 8 S. 96; R. 04 S. 171 No. 848); daselbst No. 7 O. L. G. Dresden v. 12. 6. 03; Gewerbe- u. Kfmsgericht Bd. 12 S. 110 No. 44 L. G. Dortmund v. 10. 11. 1906 (in II. Instanz gegen das K. G. Dortmund v. 30. 3. 1906, vgl. S. 63 Anm. 6.

[2]) vgl. auch Fromm S. 64; Goldmann S. 363.

Parteien gerecht werden. Die gegnerische Ansicht würde die Rechtsunsicherheit für den Prinzipal außerordentlich erhöhen.

Noch klarer tritt aber die Richtigkeit unserer Auffassung zutage, wenn man den Entwurf I zum H.-G.-B. vom Jahre 1896 heranzieht und die weitere Entwicklung der darin enthaltenen entsprechenden Vorschrift verfolgt. Schon in diesem Entwurf fand sich diese Bestimmung in § 67 Abs. II in der Fassung: „oder gibt er (der Prinzipal) durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Veranlassung zur Auflösung des Dienstverhältnisses . . . .“ Dazu führt die Denkschrift S. 64 aus: „Ganz ebenso liegt die Sache, wenn der Gehülfe durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals zur Auflösung des Vertragsverhältnisses veranlaßt worden ist.“ Dieser Satz setzt — wie die Gegner nicht bestreiten können, auch nicht bestreiten — eine wirkliche Auflösung des Dienstverhältnisses voraus. In der dem Reichstage vorgelegten Fassung sowie auch in der endgültigen, Gesetz gewordenen Fassung ist das Wort „Veranlassung“ durch „Grund“ ersetzt worden. Die Gegner wollen daraus herleiten, daß der Gesetzgeber anderen Sinnes geworden sei und das bloße Vorliegen eines Grundes für genügend erachten wolle[1]). Daß die dem Reichstage vorgelegte neue Denkschrift auch zu dieser Fassung denselben oben zitierten Satz anführt[2]), wollen die Gegner damit erklären, daß trotz des veränderten Textes dieser Satz aus Unachtsamkeit vom Verfasser der neuen Denkschrift mit übernommen sei.

Wir sind der Ansicht, daß die Einfügung des Wortes „Grund“ für „Veranlassung“ an dem Sinne garnichts ändert. Hätte der Gesetzgeber dadurch einen anderen Sinn in die Gesetzesworte legen wollen, so wäre er unmöglich an einer so einschneidenden Aenderung ohne ein erklärendes Wort in der Denkschrift vorüber gegangen. Wir können also mit vollem Rechte die betr. Worte in der Denkschrift auch für diese Streitfrage verwerten und unsere Ansicht damit stützen[3]).

Liegt ein Grund nach § 75 Abs. I Satz 1 vor, der den Gehülfen von der Konkurrenzklausel zu befreien vermag, so kommt

---

[1]) vgl. Reinshagen S. 33.

[2]) S. 65, bei Hahn-Mugdan S. 243.

[3]) vgl. auch Goldmann S. 363; Fromm S. 65.

der Gehülfe in eine schwierige Lage. Entweder kann er sofort kündigen und ist dann von der Konkurrenzklausel befreit, verliert aber seine Stellung, oder er bleibt und muß sich der Konkurrenzklausel weiter unterwerfen, behält aber seine Stellung.

Der Gehülfe wird deshalb im Einzelfalle zu erwägen haben, was ihm zuträglicher ist. Bietet sich ihm bald eine neue lohnende Stellung, so wird er kündigen und hat dadurch gewissen Nutzen. Er hat den Prinzipal für seine Verfehlung gestraft und ist seiner Gewalt entronnen. Die Klausel bindet ihn nicht mehr. Dieser Vorteil ist aber wieder dadurch zum großen Teile illusorisch gemacht, daß der Handlungsgehülfe in seiner neuen Stellung in den meisten Fällen sich auch wieder einer Konkurrenzklausel unterwerfen muß und auch nicht vorher weiß, ob die neue Stellung ihm zusagen wird.

Bietet sich ihm voraussichtlich nicht gleich wieder eine neue Stellung, so wird er lieber die Stellung behalten, wenn er auch dadurch der Konkurrenzklausel sich weiter unterwerfen muß. Von großem Einfluß auf diesen letzten Punkt ist die Berücksichtigung von § 70 Abs. II H.-G.-B. Danach kann in allen Fällen des § 75 Satz 1 der Handlungsgehülfe Schadensersatz für den ihm durch die Auflösung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verlangen, einschließlich des entgangenen Gewinnes. Findet er also keine neue Stellung, obwohl er sich darum eifrig bemüht, oder zwar eine andere Stellung, aber nicht zu den gleichen Bedingungen, so muß ihm der Prinzipal das Gehalt resp. die Differenz weiter fortzahlen und zwar bis zu dem Termine, für den der Prinzipal im Momente der Kündigung ohne Kündigungsfrist hätte kündigen können; denn ein dem Prinzipal etwa zustehendes Kündigungsrecht ist hierbei zu berücksichtigen und von der Annahme auszugehen, daß der Prinzipal von diesem Kündigungsrechte Gebrauch gemacht haben würde, sobald dies angängig gewesen wäre [1]). War das Dienstverhältnis also für eine bestimmte Zeit eingangen, so muß das Gehalt bis zum Ablauf dieser Zeit weiter gewährt werden.

[1]) vgl. Goldmann S. 343, Planck Bd. II, 3. Aufl. S. 585 unter 5 zu § 628 B. G. B.; Prot. d. II. Lesung S. 2201/02 zu § 566 des I. Entwurfes zum B. G. B.; Gewerbe- u. Kfmsgericht Bd. 11 S. 8—9 Gewerbegericht Darmstadt v. 31. 7. 1905.

Natürlich muß sich der Gehülfe das anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der ihm nach dem Dienstvertrage obliegenden Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt [1]).

Diese Erwägnng beweist zur Evidenz, daß der Gehülfe durch ein solches Verhalten des Prinzipals einen eminenten Vorteil erhält. Der Gehülfe wird nicht geschädigt, ist aber seiner Verpflichtung ledig und nicht mehr dem Verhalten des Prinzipals preisgegeben. Macht er nun von einer ihm zustehenden Befugnis zu kündigen keinen Gebrauch, so will er eben den Prinzipal dieser Schädigung nicht aussetzen. Er kann das nur damit rechtfertigen, daß er dem Prinzipal verzeiht. Einen anderen Grund, der ihn zum Bleiben nötigt, gibt es für ihn nicht, speziell nicht den eines pekuniären Verlustes, da ihm, wie oben gezeigt, der durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehende Schaden in erheblichem Umfange vom Prinzipal ersetzt werden muß. Die notwendige Folge seines Bleibens ist dann weiteres Unterwerfen unter die Konkurrenzklausel. In der Praxis wird allerdings der Gehülfe unter diesen für ihn günstigen Verhältnissen nie bleiben.

Die Gegner müßten bei ihrer Ansicht mindestens fordern, daß der Gehülfe beim Vorliegen eines Falles von § 75 Abs. I Satz 1 den Prinzipal auf den wichtigen Grund und die dadurch bedingte Verwirkung der Klausel aufmerksam macht. Andernfalls würde ihm bei einer späteren Geltendmachung die exceptio oder replicatio doli entgegenstehen [2]). Treu und Glauben im Handelsverkehr verlangen dies. Der Handlungsgehülfe würde sich sonst später, wenn er auf Einhaltung der Konkurrenzklausel oder Zahlung einer Strafe verklagt würde, auf ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals berufen können, von dem dieser keine Ahnung hat, weil er sich dessen nie bewußt geworden ist oder weil er in dem weiteren Bleiben und Schweigen des Gehülfen eine Verzeihung erblicken mußte. Die natürliche Folge davon wäre, daß die Rechtsunsicherheit für den Prinzipal außerordentlich zunehmen würde. Zur Beseitigung derselben würde der Prinzipal, sobald er von der

[1]) Planck Bd. II, 1. Aufl. S. 100 zu § 324 B. G. B. unter 2.
[2]) vgl. Dove S. 59.

Absicht des Gehülfen erfährt, auf Feststellung der Gültigkeit resp. Ungültigkeit der Kündigungsgründe klagen. Die unausbleibliche Folge dieser Auffassung würden zahllose Prozesse sein [1]).

Die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern, daß der Prinzipal wissen muß, woran er ist. Sowie aber der Prinzipal auf diese Weise von den Absichten des Gehülfen Kenntnis erhält, würde er in der Praxis stets von selbst dem Gehülfen zum nächsten zulässigen Termine kündigen. Da der Gehülfe von seinem Kündigungsrechte ohne Frist keinen Gebrauch gemacht hat, ist er desselben verlustig gegangen und kann nicht mehr nachträglich ohne Frist kündigen. Er muß vielmehr bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist ausharren, während er bei der von uns vertretenen Ansicht für diese Zeit keine Dienste mehr zu leisten hätte, aber das Gehalt weiter bezöge. Der Vorteil unserer Ansicht liegt auf der Hand, während die gegnerische Auslegung den Gehülfen tatsächlich benachteiligen würde. Dazu kommt, daß sich nach langer Zeit, nach Jahren, ein solcher Grund nur schwer würde nachweisen lassen, sodaß eine Berufung des Gehülfen auf § 75 Satz 1 in den meisten Fällen illusorisch wäre, da der Gehülfe die Beweislast hat.

Die Denkschrift [2]) läßt an unserer Ansicht gar keinen Zweifel zu, indem sie mit Bezug auf § 75 ausführt, es sei eine Forderung der Billigkeit, daß die Konkurrenzklausel nur dann ihre Gültigkeit behielte, wenn der Prinzipal dem Gehülfen, soweit es angeht, in seinem Geschäft weiteres Fortkommen ermöglicht.

Würde der Gehülfe im Geschäft bleiben, so wäre ihm die Möglichkeit des weiteren Fortkommens im Geschäft nicht genommen. Aehnlich liegt der Fall, wenn der Gehülfe mit Kündigungsfrist kündigt oder der Vertrag ohne Kündigung sein Ende erreicht. Dann beruht ja die Nichtgewährung der Möglichkeit des weiteren Fortkommens im Geschäft des Prinzipals auf der über die Zeitdauer getroffenen Uebereinkunft. Von einem Unmöglichmachen seitens des Prinzipals könnte dann keine Rede sein. Aus dem Handeln des Gehülfen muß mit Klarheit hervorgehen, daß das vertragswidrige Verhalten des Prinzipal der Grund gewesen ist,

[1]) Lehmann-Ring S. 182; Tiedemann S. 113.
[2]) S. 64; bei Hahn-Mugdan S. 243.

der sein Verbleiben in dessen Geschäft untunlich gemacht hat. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Gehülfe *diesen* Grund auch wirklich zum sofortigen Austritt benutzt.

Damit entfällt auch die Streitfrage, ob das vertragswidrige Verhalten des Prinzipals Ursache des Fortgehens des Handlungsgehülfen gewesen sein muß oder ob erst später erfahrene Gründe für die Rechtfertignng verwertet werden können; denn die Rechtfertigung der Vertragsauflösung ist zwar von dem Richter nach der gegenwärtigen Gestaltung der Verhältnisse zu prüfen[1]), bei der Verletzung der Konkurrenzklausel ist es aber gerade die Art der Auflösung des Dienstverhältnisses, die unter Umständen die Klausel als unbillig erscheinen lassen kann[2]), nämlich die wegen eines bestimmten wichtigen Grundes erfolgte sofortige fristlose Auflösung. Das hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 22. 1. 1904 übersehen.

An sich kann natürlich der Gehülfe einen bei der Kündigungserklärung nicht erwähnten wichtigen Kündigungsgrund in der etwaigen Klage geltend machen, um damit die Kündigung ohne Kündigungsfrist zu rechtfertigen[3]). Nach dem Angeführten kann er jedoch auf diesen neuen Grund die Unwirksamkeit der Klausel nicht stützen.

Die Streitfrage zu erörtern, welche Folgen die Unverbindlichkeit der Konkurrenzklausel auf den Dienstvertrag hat, erübrigt sich, da die Unverbindlichkeit der Konkurrenzklausel erst durch die Auflösung des Dienstverhältnisses herbeigeführt wird, dieses selbst also bei Eintritt der Unverbindlichkeit nicht mehr besteht.

Auf das Schicksal der § 75 zuwider getroffenen Vereinbarungen wird weiter unten eingegangen.

---

[1]) vgl. R. O. L. G. Bd. 5 S. 272 O. L. G. Stuttgart v. 18. 4. 1902 (R. 03 S. 23 No. 136; Kfmann Bd. 3 S. 54 e; Neumann II, 2 S. 63, b); Kfmann Bd. 4 S. 55, o, O. L. G. Frankfurt v. 19. 9. 1902; a. M. R. G. Bd. 56 S. 372 v. 22. 1. 1904 (J. W. 04 S. 149 No. 23) und Makower S. 231.

[2]) vgl. die Entscheidungen: Kfmann Bd. 3 S. 49 O. L. G. Karlsruhe v. 20. 2. 1902 (R. 1902 S. 269); daselbst O. L. G. Bamberg v. 12. 4. 1902 (R. O. L. G. Bd. 5 S. 268).

[3]) vgl. die unter 2 zit. Entsch.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß der Prinzipal durch Gehaltsfortzahlung die Klausel nicht aufrecht erhalten kann[1]; denn ihre Wirksamkeit ist bereits in dem Augenblick erloschen, wo der Gehülfe die Kündigung ausgesprochen hat.

B. Bei Kündigung des Prinzipals, außer:

1. bei unverschuldetem erheblichen Anlaß,
2. bei Gehaltsfortzahlung während der Dauer der Beschränkung.

Wenn der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, kann er in der Regel aus der vereinbarten Konkurrenzklausel keine Ansprüche geltend machen[2].

Von diesem Satze gibt § 75 Abs. I Satz 2 zwei Ausnahmefälle, in denen der Prinzipal trotz der von ihm ausgegangenen Kündigung seine Rechte aus der Konkurrenzklausel behält, nämlich:

1. Wenn für die Kündigung ein erheblicher Anlaß vorliegt, den der Prinzipal nicht verschuldet hat, und
2. wenn während der Dauer der Beschränkung dem Handlungsgehülfen das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

1.

Wenden wir uns zunächst dem ersten Falle zu. Ein „erheblicher Anlaß" für die Kündigung wird verlangt.

Ein solcher ist nicht ohne weiteres dasselbe, was in §§ 70—72 H.-G.-B. „wichtiger Grund" genannt wird. Es ist vielmehr ein Grund, der nach vernünftigen kaufmännischen Erwägungen einen erheblichen Anlaß zur Kündigung bietet[3].

---

[1]) ebenso Staub S. 342; Wendt S. 68—69.

[2]) vgl. R. 1905 S. 346 No. 1606 R. G. v. 1. 11. 1904.

[3]) vgl. Cuno S. 19; Goldmann S. 364; Staub a. a. O.; R. 1904 S. 227 No. 1105 O. L. G. Hamburg v. 14. 12. 1903 (R. O. L. G. Bd. 8 S. 97; Kfmann Bd. 5 S. 63 No. 9).

Unter „Anlaß" versteht man einen Umstand, der die treibende Kraft zur Hervorbringung einer gewissen Wirkung gewesen ist, der sie also veranlaßt hat; dagegen lassen sich als „Grund" auch solche Umstände bezeichnen, die ohne in äußerlicher Beziehung zu einer bestimmten Handlung zu stehen, diese zu „rechtfertigen", zu „begründen" vermögen[1]). Da nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber für Gleichartiges eine verschiedene Wortfassung gewählt hat, muß man in § 75 streng „Grund" und „Anlaß" unterscheiden. Unter erheblichem Anlaß muß man auch die Fälle einbegreifen, wo der Prinzipal nach § 70, 72 H.-G.-B. ohne Frist kündigt; denn ein wichtiger Grund ist auch gleichzeitig ein erheblicher Anlaß für die Kündigung. Dagegen muß ein erheblicher Anlaß nicht umgekehrt auch ein wichtiger Grund zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses sein. Daraus ergibt sich, daß auch ein minder wichtiger Tatbestand den Begriff des erheblichen Anlasses erfüllt[2]).

In dem endgültigen Entwurf des H.-G.-B. fand sich folgende Fassung: „Kündigt der Prinzipal das Dienstverhältnis, ohne daß ein von ihm nicht verschuldeter erheblicher Anlaß vorliegt . . . ." Durch die Reichstagskommission ist dann dem Gesetze die jetzt vorliegende Fassung gegeben worden. Dabei sind vor den Worten „ein erheblicher Anlaß" die Worte „für die Kündigung" eingeschoben. Damit hat der Gesetzgeber eine gewisse äußere Beziehung zwischen „Anlaß" und „Kündigung" herstellen wollen. Der erhebliche Anlaß muß die Kündigung bewirkt haben. Daraus folgt, daß der Prinzipal sich nicht nachträglich auf andere Gründe stützen kann, wie etwa bei der oben erwähnten Rechtfertigung einer Kündigung ohne Kündigungsfrist.

---

[1]) vgl. Kfmann im R. 1905 S. 157 ff., der die obige Frage ausführlich behandelt.

[2]) So ist der Umstand allein, daß ein Handlungsgehülfe sich in zerrütteten Vermögensverhältnissen befindet, noch kein wichtiger Grund zur sofortigen Entlassung des Gehülfen. Sehr wohl kann darin aber ein erheblicher Anlaß nach § 75 Abs. 1 Satz 2 gefunden werden. R. 1900 S. 467 No. 578 O. L. G. Karlsruhe v. 11. 4. 1900; Bl. f. Rspfl. in Th. Bd. 53 S. 186 O. L. G. Jena v. 5. 1. 1906; vgl. auch Kommissionsbericht S. 44 Abs. I, bei Hahn-Mugdan S. 569; Reinshagen S. 34; Steiner S. 19; Tiedemann S. 114.

Von dem erheblichen Anlaß wird weiter verlangt, daß er vom Prinzipal nicht verschuldet ist. Daraus ist keineswegs zu folgern, daß er, wie Pilz[1]) irrtümlich annimmt, von dem Gehülfen verschuldet sein muß[2]). Ebensowenig braucht der erhebliche Anlaß in dem Verhalten des Handlungsgehülfen zu liegen[3]). So liegt z. B. ein erheblicher Anlaß vor, wenn in der Person des oder der Geschäftsführer eine Aenderung eintritt, die Veranlassung gibt, daß die bisher von einem Handlungsgehülfen besorgten Geschäfte nunmehr von einem der Geschäftsinhaber wahrgenommen werden[4]).

Umstritten ist die Frage, ob die Eröffnung des Konkurses seitens des Prinzipals für diesen einen erheblichen unverschuldeten Anlaß für die Kündigung bildet. Nach der Ansicht des Reichsgerichts, der beizupflichten ist, ist die Eröffnung des Konkurses an sich kein unverschuldeter Anlaß. Ist der Prinzipal anderer Meinung, so muß er den Nachweis erbringen, daß er die Eröffnung des Konkurses nicht verschuldet hat[5]), da die Beweislast für den erheblichen unverschuldeten Anlaß dem Prinzipal obliegt[6]).

Haben beide Teile den erheblichen Anlaß verschuldet, so gilt die Klausel nicht; denn dann ist die vom Prinzipal ausgehende Kündigung von diesem nicht unverschuldet[7]). Eine Kompensation mit gegenseitigem Verschulden kennt das Gesetz hier nicht[8]).

Muß nun der Prinzipal den erheblichen Anlaß bei der Kündigung dem Handlungsgehülfen angeben?

---

[1]) S. 97.

[2]) Staub a. a. O.; Düringer-Hachenburg S. 242.

[3]) wie Fuld S. 96 will.

[4]) R. 1903 S. 556 No. 2877 O. L. G. Jena v. 27. 10. 1902 (Kfmann Bd. 4 S. 55; Bl. f. Rspfl. in Th. Bd. 50 S. 257 No. 19); R. 1904 S. 227 No. 1105 O. L. G. Hamburg v. 14. 12. 1903 (Kfmann Bd. 5 S. 63 No. 9; R. O. L. G Bd. 8 S. 97); R. O. L. G. Bd. 1 S. 366 O. L. G. Oldenburg v. 19. 9. 1900 (Kfmann Bd. 2 S. 42).

[5]) R. G. v. 29. 9. 1903 in J. W. 1903 S. 389 No. 20 (Kfmann Bd. 4 S. 54). a. M. Horrwitz S. 155, der im Konkurse schon ein Verschulden des Prinzipals erblickt.

[6]) Litthauer-Mosse S. 94; Staub S. 343 und Entsch. zu 5.

[7]) ebenso Oberländer S. 41; Reinshagen S. 35; Staub S. 342; Tiedemann S. 116.

[8]) R. G. Bd. 56 S. 372 No. 91 v. 22. 1. 1904.

Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß der betreffende Tatbestand in für den Handlungsgehülfen erkennbarer Weise die Veranlassung für die Kündigung gebildet haben muß[1]). Der Gehülfe muß bei einer von dem Prinzipal ausgehenden Kündigung auch wissen, ob er noch weiter an die Klausel gebunden ist. Deshalb sind die Fälle, in denen dem Gehülfen mit Kündigungsfrist gekündigt wird, von denen, wo eine Kündigung ohne Frist erfolgt, scharf zu trennen. Wird der Gehülfe plötzlich entlassen — das Gesetz bezeichnet es als Kündigung ohne Kündigungsfrist —, so weiß er, daß den Prinzipal dazu nur ein nach dessen Ansicht wichtiger Grund veranlaßt haben kann. Er weiß damit auch, daß er weiter an die Klausel gebunden ist. Ist er mit der fristlosen Kündigung nicht einverstanden, so kann er gegen den Prinzipal auf Feststellung ihrer Unzulässigkeit klagen. Hat er mit dieser Klage Erfolg, so ist er nicht von der Klausel ohne weiteres frei; denn der Kündigungsgrund kann immer noch einen erheblichen Anlaß für die Kündigung bilden, zumal ja eine unzulässigerweise ohne Frist erfolgte Kündigung als Kündigung für den nächsten zulässigen Kündigungstermin anzusehen ist. Auf jeden Fall erfährt aber dadurch der Gehülfe den Anlaß der Kündigung. Es bleibt ihm nun selbst überlassen, zu beurteilen, ob der erhebliche Anlaß ihn weiter an die Klausel bindet.

Wird dagegen dem Gehülfen unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt, so fehlt ihm meist jede Möglichkeit, die Motive zu erkennen. Grundsätzlich erlischt dann die Klausel. Der Gehülfe braucht sich dann nicht mehr an sie zu kehren. Der Prinzipal darf aber nicht hinterher mit allerlei Tatumständen kommen, welche die Kündigung im Sinne der fraglichen Vorschrift rechtfertigen sollen; es würde dadurch eine große Unsicherheit für den Gehülfen eintreten. Er würde dann erst hinterher erfahren, wenn er schon womöglich in Konkurrenzstellung ist, daß die Ausnahme vorgelegen hat. Dies kann vom Gesetz nicht gewollt sein. Vielmehr muß der

---

[1]) vgl. die Ausführungen bei Kfmann im R. 1905 S. 157 ff. („Erheblicher Anlaß," ein Beitrag zur Auslegung des § 75 H. G. B.), denen das Folgende zum Teil entnommen ist; ebenso Frankenburger S. 112.

Gehülfe in dem Augenblick, wo er in die Lage versetzt wird, sich neue Tätigkeit suchen zu müssen, — nach § 629 B.-G.-B. ist das sofort nach erfolgter Kündigung, — wissen, ob er von der Klausel befreit ist [1]). Schließlich ist auch noch zu berücksichtigen, daß die Vorschrift den Gehülfen begünstigen soll. Es ergibt sich also das Resultat: Kündigt der Prinzipal ohne Frist, so braucht er seinen Entlassungsgrund nicht anzugeben, kündigt er unter Einhaltung der Frist, und will er die Klausel aufrecht erhalten, so muß er den Gehülfen auf das Vorliegen eines erheblichen unverschuldeten Anlasses aufmerksam machen.

Wir kommen damit keineswegs im Widerspruch mit unserer bezüglich § 75 Satz 1 geäußerten Ansicht, wo der Gehülfe bei fristloser Kündigung seinen Kündigungsgrund angeben muß; denn dort gilt die Klausel nur dann nicht, wenn ein vertragswidriges Verhalten des Prinzipals vorliegt, während hier bei fristloser — natürlich gerechtfertigter — Kündigung stets die Klausel verbindlich bleibt. Hier kann deshalb gar kein Zweifel bei dem Gehülfen auftauchen. Man mag einwenden, der Gehülfe könnte im Zweifel sein, sofern ein von dem Prinzipal verschuldeter wichtiger Grund vorliegt, und der Prinzipal aus diesem Grunde den Gehülfen entläßt. Dieser Zweifel entfällt durch die Erwägung, daß ein vom Prinzipal verschuldeter wichtiger Grund für diesen nie einen wichtigen Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses bilden kann [2]).

2.

Wenn der Prinzipal kündigt, ohne daß für die Kündigung ein erheblicher von ihm nicht verschuldeter Anlaß vorliegt oder wenn zwar ein erheblicher aber von ihm verschuldeter Anlaß für die Kündigung vorliegt, gibt das Gesetz dem Prinzipal ein Mittel an die Hand, gleichwohl die Einhaltung der Konkurrenzklausel seitens des Gehülfen zu erzwingen. Allerdings erheischt dieses Mittel ein finanzielles Opfer. In diesem Falle bleibt die Konkurrenzklausel für den Handlungsgehülfen verbindlich, wenn ihm während

[1]) ebenso Düringer-Hachenburg S. 242.
[2]) ebenso Steiner S. 18—19.

der Dauer der Beschränkung das zuletzt von ihm bezogene Gehalt fortgezahlt wird.

Für den ersten Fall gibt der Kommissionsbericht eine zutreffende Erklärung, indem er sagt[1]), andernfalls könnten fortgesetzte kleine Schikanen seitens des Gehülfen, die noch keinen erheblichen Anlaß für eine Kündigung bilden, den Prinzipal nötigen, entweder einen mangelhaften Gehülfen zu behalten oder aber auf die Konkurrenzklausel zu verzichten. Dagegen mag es bedenklich erscheinen, daß der Prinzipal auch bei erheblichem von ihm *verschuldeten* Anlaß durch Fortzahlung des Gehaltes die Klausel aufrecht erhalten kann. Hat der Prinzipal den erheblichen Anlaß verschuldet, so müßte er logischerweise auch die Folgen seines Verschuldens tragen, d. h. er müßte der Berechtigung verlustig gehen, durch Gehaltsfortzahlung die Fortdauer der Klausel zu erkaufen. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Gehülfe durch das Gehalt, das ihm der Prinzipal weiter fortzahlen muß, eine Entschädigung für seine Einschränkung erhält, sodaß er in der Praxis diesen Nachteil kaum empfinden wird. Es ist auch zu erwägen, daß der Gehülfe in den meisten Fällen von dem Kündigungsgrunde keine Ahnung hat. Eine entgegengesetzte Vorschrift würde deshalb praktisch von gar keinem oder von nur ganz geringem Werte sein.

„*Während der Dauer der Beschränkung*" muß dem Handlungsgehülfen das Gehalt fortgezahlt werden, d. h. solange die Beschränkung nach dem Vertrage bezw. nach richterlicher Auslegung oder nach richterlicher Feststellung der zeitlichen Grenze des Vertrages dauert. Der Prinzipal hat es nicht in der Hand, eine kürzere oder längere Frist für die Konkurrenzenthaltung festzusetzen.

In den Worten „während der Dauer der Beschränkung" liegt, daß für die ganze Dauer, für welche die Konkurrenzklausel *gültig* vereinbart ist, Gehalt weiter gezahlt werden muß. Eine Zahlung für kürzere Zeit ist nur für den Fall denkbar, daß der Prinzipal unter Hinweis darauf, daß die Zeitdauer der vereinbarten Klausel gegen § 74 H. G. B. verstoße *und daß dies wirklich der Fall ist*[2]), für die § 74 entsprechende Zeit das Gehalt bezahlt. Aber er

[1]) S. 44, bei Hahn-Mugdan S. 569.

[2]) andernfalls müßte der Gehülfe auf Weiterzahlung klagen.

muß das vorher dem Gehülfen erklären, damit derselbe weiß, wie lange er gebunden ist. Natürlich können die Parteien eine kürzere Frist bei der Kündigung vereinbaren.

Zeitlich ist der Fortzahlung durch § 74 Abs. II eine Höchstgrenze von 3 Jahren gesetzt. Ueber diese hinaus kann der Prinzipal den Gehülfen überhaupt nicht binden[1]).

„Das zuletzt von ihm bezogene Gehalt" bestimmt § 75, also nicht etwa das im Falle des Verbleibens sich erhöhende Gehalt[2]).

Unter „Gehalt" ist hier nicht blos fixes Gehalt zu verstehen, sondern auch jede sonstige Vergütung, wie Tantiemen am Reingewinn, Provision für gemachte Geschäfte, Naturalbezüge, schließlich auch Gratifikationen, die er „von ihm", nämlich dem Prinzipal, bezieht. Gehalt ist also ein Betrag, wie er seinen letzten Bezügen entspricht[3]). Sonst würde der gegen festes Gehalt und Tantieme oder Provision angestellte Gehülfe oder der nur Tantieme oder Provision beziehende (commis interessé) erheblich schlechter gestellt sein als der nur gegen festes Gehalt angestellte.

Aus der Definition des Handlungsgehülfen ergibt sich, daß er gegen Entgelt angestellt sein muß. In welcher Weise dies festgesetzt ist, ist Nebensache. Dies spricht gegen Reinshagen[4]), der

---

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg S. 242; Goldmann S. 364; Staub 343; a. M. Steiner S. 22b und ihm folgend Renger S. 46, welche, von dem Satz ansgehend, daß das größere das kleinere in sich schließe, dem Prinzipal das Recht geben, eine kürzere Frist zu bestimmen. — Mit Recht weist Reinshagen (S. 36) darauf hin, daß nach Ablauf der Dienstzeit vertraglich eine längere Zeitdauer als 3 Jahre verabredet werden kann. In einer solchen Vereinbarung ist ein Konkurrenzvertrag zu erblicken, der den §§ 74, 75 nicht mehr unterliegt, vielmehr den in der Einleitung erwähnten allgemeinen Bestimmungen. Es ist dann ein Konkurrenz hauptvertrag.

[2]) Herz b. Holdheim 7 S. 98; Lehmann-Ring S. 182.

[3]) ebenso Dove S. 59; Frankenburger S. 112; Fromm S. 75; Goldmann S. 365; Herz b. Holdheim a. a. O.; Horrwitz S. 155; Kreß S. 72; Lehmann-Ring S. 182; Litthauer-Mosse S. 94; Moses S. 20; Pilz S. 47; Staub in D.J.Z. S. 336 u. Kommentar S. 343 Anm. 4; a. M. Düringer-Hachenburg S. 243; Makower S. 232; Reinshagen S. 37; Steiner S. 25.

[4]) S. 38.

meint, evtl. könne der Prinzipal durch Fortzahlung keine Konkurrenzklausel aufrecht erhalten, wenn eben der Gehülfe kein festes Gehalt bezieht.

Das Wort „Gehalt" wird auch sonst im weiteren Sinne gebraucht, z. B. in § 63 H. G. B. In der Kommission war ursprünglich der Antrag gestellt, nur die Hälfte des bisherigen Gehaltes weiter zu zahlen, wobei ausdrücklich hinzugefügt wurde, daß als Gehalt im Sinne dieser Bestimmung auch Tantieme und Naturalbezüge gelten sollen [1]). Trotz lebhafter Erörterung der Bestimmungen über die Konkurrenzklausel findet sich aber keine Stelle, welche gegen eine derartige Interpretation Widerspruch erhob. An einer späteren Stelle [2]) besagt der Kommissionsbericht, mit der Gehaltsfortzahlung „sei auch den Interessen der Handlungsgehülfen gedient, welche ihre bisherigen Bezüge beibehalten und, falls sie anderweitige Anstellung finden, zu ihrem bisherigen Gehalt ein weiteres Gehalt erhielten." Er fährt dann fort: „es wird ohne Widerspruch festgestellt, im Einverständnis mit den verbündeten Regierungen, daß ein Abzug an dem bisherigen Gehalt nicht stattfinden darf, wenn der ausgeschiedene Handlungsgehülfe eine neue Stellung mit Bezahlung findet." Der Gehülfe soll nicht weniger erhalten als bisher. Wenn er auch eine neue Stelle erhält, so soll ihn die Gehaltsfortzahlung nicht für den Ausfall entschädigen, sondern er soll unabhängig sein von dieser Eventualität einer neuen Stellung.

Wo sich Schwierigkeiten wegen der Berechnung „des zuletzt bezogenen Gehaltes" ergeben, wird man den durchschnittlichen Betrag der letzten Zeit, evtl. des letzten Jahres, annehmen müssen.

Im Einverständnis mit Literatur und Rechtsprechung ist festzustellen, daß der Prinzipal, der ohne erheblichen Anlaß kündigt und die Klausel aufrecht erhalten will, gleich bei der Kündigung dem Gehülfen die Fortzahlung des Gehaltes für die Dauer der Wirksamkeit der Konkurrenzklausel zusichern muß, sonst erlischt die Klausel [3]). Das folgt aus § 629 B. G. B. Da sich hiernach

---

[1]) Kommissionsbericht S. 38.

[2]) S. 44, bei Hahn-Mugdan S. 569.

[3]) vgl. Düringer-Hachenburg S. 242; Goldmann S. 364; Herz b. Holdheim 7 S. 99; Kaufmann im R. 1905 S. 157 ff.; Litthauer-Mosse S. 94; Makower S. 232; Ritter in D. J. Z. 1902

der Gehülfe gleich nach der Kündigung einen neuen Dienst suchen darf, muß er bei der Kündigung wissen, woran er ist, ob er sich nunmehr selbständig machen oder anderweit in Dienste treten darf, in welcher Branche, in welcher Gegend usw. Gibt der Prinzipal keine diesbezügliche Erklärung ab, so kann der Gehülfe nach der Kündigung eine neue Stellung suchen ohne Rücksicht auf die Klausel, da er mangels einer entsprechenden Erklärung des Prinzipals nur annehmen konnte und durfte, daß derselbe von dem ihm durch § 75 Abs. I Satz 2 gewährten Rechte keinen Gebrauch machen wolle. Wollte man anderer Ansicht sein, so würde von dem Prinzipal diese Vorschrift in mißbräuchlicher Weise dazu verwendet werden können, die Konkurrenzklausel auch ohne Fortzahlung des Gehaltes aufrecht zu erhalten; denn dann könnte der Prinzipal, der dem Gehülfen gekündigt hat, ohne ihm eine diesbezügliche Erklärung abzugeben, dem Gehülfen, der inzwischen in einem Konkurrenzgeschäft Stellung nimmt, nach Ablauf des Vertrages das Gehalt zwar anbieten, aber gleichzeitig auf die Gehaltssumme die Vertragsstrafe verrechnen. Alsdann würde der Gehülfe entgegen der Ansicht des Gesetzgebers nicht nur nicht das frühere Gehalt weiter beziehen, sondern noch etwas darauf zahlen müssen, also benachteiligt werden. Ebenso würde der Gehülfe geschädigt, wenn er wegen der Ungewißheit gute Stellungen ausschlägt und sich mit einer geringeren in einem anderen Geschäftszweige begnügt, der Prinzipal aber, der ihn vertraglich gebunden weiß und eine etwaige Konkurrenz durch ihn nicht mehr zu fürchten hat, nunmehr erklärt, daß er von der gedachten Berechtigung keinen Gebrauch mache.

Andererseits erscheint durch unsere Ansicht der Prinzipal in seinem Interesse auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß er sich

S. 353, Staub S. 343; Kfmann Bd. 6 S. 44 No. 2 R. G. v. 1. 11. 1904 (J. W. 1905 S. 29 No. 43; R. G. Bd. 59 S. 125); R. 1904 S. 198 No. 993 O. L. G. Köln v. 2. 3. 1904 (Kfmann Bd. 5 S. 63 No. 12; R. O. L. G. Bd. 8 S. 387), woraus die folgenden Gründe größtenteils entnommen sind. a. M. Lehmann-Ring S. 182. Zu beanstanden ist auch die Ansicht Fravis (S. 61), wonach der Prinzipal bei der Kündigung erklären müsse, daß er „eventuell“ bereit sei, das Gehalt weiter zu bezahlen; denn mit einer „eventuellen“ Fortzahlung ist dem Gehülfen nicht gedient. Derselbe muß bestimmt wissen, ob fortgezahlt wird oder nicht.

sogleich bei der Kündigung darüber schlüssig machen muß, ob er durch Fortzahlung des Gehaltes die Fortwirkung des vereinbarten Wettbewerbsverbotes herbeiführen oder ob er darauf verzichten will.

Aus den Ausführungen folgt auch, daß der Prinzipal sich nicht nachträglich unter Angebot des Rückstandes auf diese Bestimmung berufen kann.

Wendt[1]) will aus der Fassung des Gesetzes: „es sei denn, daß das Gehalt fortgezahlt wird" entnehmen, daß auch ein dritter das Gehalt fortzahlen könne. An diese Auslegung des Gesetzes hat der Gesetzgeber sicherlich weder gedacht, noch eine solche beabsichtigt. Wie sollte ein dritter an der Klausel ein berechtigtes Interesse dartun?

Durch die Erklärung des Prinzipals, das Gehalt fortzahlen zu wollen, wird der Gehülfe verpflichtet, für die ganze Dauer der Beschränkung die Konkurrenzklausel einzuhalten. Gleichzeitig erhält er aber einen obligatorischen Anspruch gegen den Prinzipal auf die Gehaltsraten am jedesmaligen Fälligkeitstage. Unterläßt der Prinzipal nachträglich die Fortzahlung an den Fälligkeitstagen, oder bleibt an einem solchen eine Rate aus, so steht dem Gehülfen das Recht zu, im Klagewege die Zahlung zu erzwingen[2]). Keineswegs aber wird der Gehülfe durch eine solche Nichtzahlung des Gehaltes frei[3]). Noch viel weniger erhält er, wie Goldmann[4]) und Roßner[5]) wollen, die Rechte aus § 326 B.-G.-B. Der Prinzipal schließt mit dem Gehülfen keinen Vertrag, in dem der Gehülfe sich zur Innehaltung der Klausel, der Prinzipal aber zur Fortzahlung des Gehaltes verpflichtet; denn eine Zustimmung des Gehülfen zu der Erklärung ist nicht erforderlich. Mit Recht weist Fromm[6]) darauf hin, daß der Prinzipal selbst gegen den Willen des Gehülfen die Ansprüche aus der Klausel geltend machen kann, sofern er nur dem Gehülfen das Gehalt fortzahlt. Deshalb liegt hier weder ein Vertrag vor, noch ist ein solcher erforderlich.

[1]) S. 68 ff.
[2]) ebenso Fravi S. 60; Fromm S. 69; Kreß S. 73.
[3]) wie Lehmann-Ring, (S. 182) wollen.
[4]) S. 365.
[5]) S. 53; auch Reinshagen S. 40 und Tiedemann S. 121.
[6]) a. a. O.

§ 326 B.-G.-B. spricht aber vom Verzuge bei einem gegenseitigen Vertrage.

Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Fortzahlung steht dem Gehülfen nicht zu.

Fromm[1]) ist auch darin beizustimmen, daß man eine vorübergehende Einstellung der Zahlung nicht als Nichtfortzahlung des Gehaltes ansehen kann. Vielmehr muß die Zahlung von dem Prinzipal ausdrücklich verweigert oder infolge dauernden Unvermögens unterblieben sein. In einem solchen Falle kann man dem Gehülfen nicht zumuten, daß er seinerseits seine Verpflichtung erfüllt, ohne daß er von dem Prinzipal eine ihm zustehende Entschädigung zu erwarten hat. Deshalb wird man ihm billigerweise auch das Recht zugestehen, sich nicht länger an die Klausel gebunden zu fühlen. Hat doch dann der Prinzipal die ihm nach § 75 Abs. I letzter Satz zustehende Möglichkeit nicht vollständig erfüllt. Dieses Recht steht dem Gehülfen wahlweise neben dem Recht auf Einklagung der Beträge zu. Natürlich wird er das für ihn Einträglichere wählen. Wollte man ihm diese Wahl nicht zubilligen, so könnte der Prinzipal, sobald der Gehülfe bei einer Nichtkonkurrenzfirma auf mehrere Jahre verpflichtet ist, einfach mit der Zahlung aufhören[2]) und so einen Vorteil erlangen, für den er selbst die schuldige Leistung nicht gewährt.

Die Gehaltsauszahlung muß der Prinzipal im Zweifel in derselben Weise vornehmen, wie bisher, regelmäßig also am Schlusse jedes Monats, etwaige Provisionsanteile zu der im Dienstvertrage festgesetzten Zeit, mangels solcher nach §§ 65, 88 Abs. IV H.-G.-B. am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres. Fromms Ansicht[3]), wonach diese Paragraphen keine Anwendung finden, da es sich hier nicht um erst jedesmal zu berechnende Provision handelt, sondern um einen schon feststehenden Durchschnittsbetrag, erscheint fraglich, da durch diese Auslegung der Gehülfe gegen früher in Vorteil, der Prinzipal aber in Nachteil gesetzt wird. Praktischer wäre allerdings eine Vereinbarung zwischen den Parteien, beides gleichzeitig zu zahlen.

---

[1]) S. 74.

[2]) a. M. Schilling, Beispiel zu S. 8.

[3]) S. 73.

Hat der Prinzipal erklärt, er würde dem Gehülfen für die Dauer der Beschränkung das Gehalt weiter zahlen, so ist er daran gebunden. Er kann auch nicht während der Dauer der Beschränkung durch Kündigung erzielen, daß er von der Gehaltszahlung, der Gehülfe aber von der Konkurrenzenthaltungspflicht frei wird [1]). Von einer Kündigung kann überhaupt keine Rede mehr sein, denn das Dienstverhältnis ist erloschen und nur in dieser einen Beziehung besteht noch ein rechtliches Verhältnis zwischen den Parteien [2]). Wollte man mit Steiner [3]) und Düringer-Hachenburg [4]) annehmen, der Prinzipal könnte diese Wirkung durch Kündigung erzielen, so benachteiligt man den Gehülfen außerordentlich. Angenommen, er soll für zwei Jahre verpflichtet sein und hat für diese Zeit eine gering bezahlte Stellung angenommen, da er wegen der Konkurrenzklausel keine gute erhalten konnte, um wenigstens in der Karrenzzeit Beschäftigung zu haben. Würde nun der Prinzipal eines Tages die Gehaltsfortzahlung einstellen, so sitzt der an die vollen zwei Jahre gebundene Gehülfe mit seinem geringen Gehalt ohne sein Verschulden da. Daraus ergibt sich die Haltlosigkeit der gegnerischen Ansicht.

Falsch ist auch die Ansicht Goldmanns [5]), die Fortzahlung könne dann freiwillig eingestellt werden, wenn sie in dem Vertrage nicht vorgesehen war; denn die Fortzahlung stützt sich nicht auf eine Vertragsabrede, sondern auf die allgemeine Bestimmung des § 75 H.-G.-B. Ist über die Dauer der Beschränkung im Vertrage nichts festgesetzt, so ist als Dauer der Beschränkung die nach § 74 H.-G.-B. höchst zulässige Zeit anzunehmen und dementsprechend für diese Zeit das Gehalt fortzuzahlen. Auch hier muß dem Prinzipal das Recht abgesprochen werden, mit Einhaltung der Kündigungsfrist

---

[1]) ebenso Lehmann-Ring S. 182; Staub S. 343.

[2]) Keineswegs ist aber, wie Steiner S. 22 c will, dieses Rechtsverhältnis eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses unter Verzicht des Prinzipals auf die Dienste des Gehülfen.

[3]) S. 22, c.

[4]) S. 243.

[5]) S. 364; ähnlich Düringer-Hachenburg S. 243: Der Prinzipal kann auch in diesem Falle die Fortzahlung jederzeit kündigen.

oder, wie Fuld[1]) meint, ohne Kündigungsfrist die Fortzahlung des Gehaltes jederzeit einzustellen[2]).

Uebertritt der Gehülfe, dem das Gehalt fortgezahlt wird, während der Karrenzzeit die Klausel[3]), so ist zu unterscheiden, ob eine Vertragsstrafe für den Fall der Uebertretung vereinbart ist oder nicht. Ist eine solche vereinbart, so ist mit der Uebertretung die Vertragsstrafe verwirkt, und wie wir unten sehen werden, der Gehülfe von der Beschränkung frei. Da das Gehalt aber nur während der Dauer „der Beschränkung" zu zahlen ist, ist der Prinzipal auch von diesem Moment an von der Fortzahlung des Gehaltes entbunden.

Anders liegt der Fall, wenn keine Vertragsstrafe vereinbart wird. Dann stehen im Falle der Uebertretung seitens des Gehülfen dem Prinzipal die Ansprüche auf Schadensersatz sowie auf Erfüllung der Klausel zu. Der Gehülfe ist also trotz der Uebertretung weiter an die Klausel gebunden, also weiter beschränkt. Deshalb wird der Prinzipal nicht von der Verpflichtung zur Fortzahlung des Gehaltes entbunden. Er kann nun seinerseits neben dem Schadensersatz auch Einhaltung der Konkurrenzklausel von dem Gehülfen verlangen, nötigenfalls durch Klage erzwingen[4]). Natürlich wird er mit seinen Schadensersatzansprüchen gegen die Gehaltsforderung des Gehülfen aufrechnen. Würde der Prinzipal auf Geltendmachung seiner Rechte verzichten, so befreit ihn dieser einseitige Verzicht keineswegs von der Fortzahlung des Gehaltes.

Hat der Prinzipal ohne erheblichen Anlaß oder aus erheblichem, von ihm verschuldeten Anlaß gekündigt, aber bei der Kündigung keine Gehaltsfortzahlung zugesichert, so erlischt die Klausel. Ist sie aber einmal erloschen, so kann sie nicht dadurch wieder aufleben, daß sich der Gehülfe nach erfolgter Kündigung innerhalb der Kündigungsfrist Handlungen zu Schulden kommen läßt, die den Prinzipal zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses ohne Kündigungsfrist gemäß §§ 70, 72 H.-G.-B. berechtigen; denn da das

[1]) S. 97.

[2]) a. M. Fravi (S. 60) ohne Begründung seiner Ansicht.

[3]) Zur Wahrung des Zusammenhanges sei dies schon hier erörtert.

[4]) ebenso Fromm S. 75; a. M. Düringer-Hachenburg S. 242.

Dienstverhältnis bereits damals gekündigt war, kann sich der Prinzipal nicht mehr nachträglich darauf berufen, es habe „für die Kündigung" ein erheblicher Anlaß vorgelegen. Er kann lediglich auf Grund dieses Verhaltens des Gehülfen das Dienstverhältnis sofort zur Auflösung bringen. Irgend welche Ansprüche aus der Konkurrenzklausel stehen ihm nicht mehr zu[1]). Hat dagegen der Prinzipal bei der Kündigung Fortzahlung des Gehaltes zugesichert und entläßt er den Gehülfen nach erfolgter Kündigung während der Kündigungsfrist gemäß §§ 70, 72 H.-G.-B. ohne Kündigungsfrist, so braucht der Prinzipal das Gehalt nicht weiter fortzuzahlen[2]). Der Gehülfe ist seines Anspruches auf dasselbe verlustig gegangen. Gleichzeitig bleibt aber die Klausel für den Gehülfen verbindlich, da sie durch die Erklärung der Gehaltsfortzahlung bis zum Zeitpunkte der Entlassung des Gehülfen noch nicht erloschen war. Für die Frage der Gültigkeit der Konkurrenzklausel kommt aber lediglich die Art der Auflösung des Dienstverhältnisses in Frage. Also wird hier die Gültigkeit der Klausel nach § 75 Abs. I Satz 2, erste Hälfte, gerechtfertigt, sodaß eine Fortzahlung des Gehaltes nicht mehr erforderlich ist.

Zum Schlusse ist noch zu erwähnen, daß § 75 Abs. I keine Anwendung findet, wenn das Dienstverhältnis durch Vereinbarung gelöst wird[3]) oder durch Zeitablauf sein Ende erreicht[4]).

Herz[5]) weist in interessanter Weise nach, daß die Bestimmung über die Gehaltsfortzahlung in sehr seltenen Fällen Anwendung finden wird, da der Prinzipal auf andere Weise denselben Erfolg erzielt, indem er den Gehülfen nur mit solchen Dingen beschäftigt, in denen er keine Konkurrenz zu befürchten hat. Der Prinzipal würde von der Bestimmung nur dann Nutzen haben, „wenn entweder die Karrenzzeit eine kürzere ist als die Vertragsdauer bei unterlassener Kündigung, oder wenn das Gehalt bei nicht erfolgter Kündigung steigen würde."

---

[1]) R. 1904 S. 198 No. 993 O. L. G. Köln v. 2. 3. 1904 (Kfmann Bd. 5 S. 63 No. 12; R. O. L. G. Bd. 8 S. 387.)

[2]) ebenso Makower S. 232.

[3]) Makower a. a. O.

[4]) Düringer-Hachenburg S. 243.

[5]) bei Holdheim Bd. 7 S. 97 ff.

V. Die Verletzung der Konkurrenzklausel, ihre Folgen sowie ihre prozessuale Geltendmachung.

Ist die Konkurrenzklausel für den Handlungsgehülfen bei seinem Ausscheiden noch verbindlich, so muß er auch den durch dieselbe übernommenen Verpflichtungen nachkommen und die Folgen einer etwaigen Pflichtverletzung tragen.

Bevor wir diese Folgen näher ins Auge fassen, wollen wir uns über den Umfang der Beschränkung des Gehülfen klar werden, wie weit eine nach § 74 Abs. I gültige Konkurrenzklausel den Gehülfen verpflichtet, resp. wodurch der Gehülfe eine solche Klausel verletzt.

Wir haben bereits oben dargelegt, daß die Konkurrenzklauseln, denen sich die Gehülfen unterwerfen, einen mannigfachen Inhalt haben können, daß sie dem Gehülfen bald Errichtung eines Konkurrenzgeschäftes, bald das Betreiben eines oder den Eintritt in oder die Beteiligung an einem solchen untersagen, oft auch nur einzelne Konkurrenzhandlungen unter Strafe stellen. Die Grenze zwischen den einzelnen Gebieten läßt sich oft schwer ziehen und es ist hier Sache der Auslegung, das Richtige zu treffen. Die Richtschnur gibt das B.-G.-B. in §§ 133 und 157.

Das Reichsgericht hat es wiederholt schon früher[1]) und auch

[1]) Bolze Bd. 5 No. 603 v. 4. 2. 1887; Bd. 8 No. 462 v. 26. 10. 1889; Bd. 11 No. 353 v. 8. 12. 1890; Bd. 16 No. 324 v. 11. 2. 1893; R. G. Bd. 26 S. 163 v. 25. 2. 1890; vgl. auch J. W. 1900 S. 74 No. 13 R. G v. 6. 12. 1899.

in jüngster Zeit im Anschluß an diese Paragraphen[1]) ausgesprochen, daß derartige Klauseln nicht wörtlich eng, sondern nach dem wirklichen Willen der Parteien unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und Verkehrssitte auszulegen sind. Aber das Verbot darf nicht auf alle Fälle ausgedehnt werden, auf die der klare Wortsinn nicht paßt, nur weil die Parteien, wenn sie daran gedacht hätten, auch diese Fälle in das Verbot hinein bezogen hätten[2]). Insoweit ist auch eine strikte Auslegung, eher einschränkend als ausdehnend, am Platze, insbesondere dem gegenüber, „der deutlicher hätte sprechen müssen“[3]).

Bei den Konkurrenzklauseln ist stets von einem „Konkurrenzgeschäft“ oder „Konkurrenztätigkeit“ die Rede. Zum Begriffe des Konkurrenzgeschäftes ist die Identität des Handelszweiges erforderlich. Es muß durch dasselbe aber eine irgendwie erhebliche Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes des Prinzipals möglich sein. Wirklich eintreten braucht eine solche nicht[4]). Deshalb liegt trotz Identität der Artikel möglicherweise doch kein Konkurrengeschäft vor, wenn der Charakter des Geschäftsbetriebes ein derart verschiedener ist, daß jene erhebliche Beeinträchtigung nicht zu fürchten ist, z. B. en gros- und en detail-Geschäfte derselben Branche[5]).

Wir können deshalb das Konkurrenzgeschäft dahin definieren: Konkurrenzgeschäft ist jedes Geschäft gleicher Branche, in welchem die im anderen Betriebe erworbenen Geschäftskenntnisse, insbesondere die Kenntnis der Bezugsquellen und Absatzgebiete, zum Nachteile des anderen Unternehmens verwertet werden können[6]).

---

[1]) J. W. 1903 Beil. S. 121 R. G. v. 2. 10. 1903 (R. 1904 S. 17); Kfmann Bd. 5 S. 61 No. 1 R. G. v. 24. 2. 1904 (J. W. 1904 S. 197 No. 7); R. 1906 S. 315 No. 829 R. G. v. 21. 11. 1905 (J. W. 1906 S. 34 No. 44); vgl. auch Düringer-Hachenburg S. 238; Neumann III, 2 S. 24; Staub I S. 339 Anm. 9; II S. 1068.

[2]) R. G. Bd. 26 S. 165 v. 25. 2. 1890 (Bolze Bd. 9 No. 245).

[3]) Bolze Bd. 8 No. 462 R. G. v. 26. 10. 1889.

[4]) Staub S. 339; Kfmann 1900/01 S. 15, e O. L. G. Karlsruhe v. 29. 1. 1900 (R. O. L. G. Bd. 1 S. 390).

[5]) wie Anm. 4 und R. G. Bd. 31 S. 99 v. 19. 5. 1893.

[6]) vgl. Bolze Bd. 5 No. 590 v. 17. 12. 1887.

Vorausgesetzt ist dabei, daß der Gehülfe weiß, daß das betreffende Geschäft zur Zeit seines Eintritts ein Konkurrenzgeschäft ist. Hatte das neue Geschäft ursprünglich eine Branche anderer Art und wurde es erst nach dem Eintritt des Gehülfen ein Konkurrenzgeschäft, so greift das Konkurrenzverbot nicht durch, falls nicht etwa ein dolus vorliegt, der Gehülfe also vorher davon Kenntnis gehabt hat[1]).

Im einzelnen ist, soweit im Rahmen dieser Arbeit auf Details eingegangen werden kann, Folgendes zu bemerken:

Wer ein Konkurrenzgeschäft nicht errichten oder betreiben darf, darf vereinzelte Handelsgeschäfte in der gleichen Branche abschließen[2]), auch Preislisten versenden und Offerten abgeben, ohne daß es zum Geschäftsabschluß gekommen ist. Ebenso kann er das Konkurrenzgewerbe vorbereiten; denn bloße Vorbereitungshandlungen des Konkurrenzbetriebes sind nicht genügend zur Verletzung des Vertrages[3]). Er kann dabei sich selbst, sowie auch andere auf den Konkurrenzbetrieb vorbereiten, insbesondere kann er sich bereits eine Kundschaft sichern durch den Abschluß von Lieferungsverträgen für das künftige Geschäft[4]).

Ist ihm untersagt, an einem bestimmten Orte kein solches Geschäft zu betreiben, so darf er für sein außerhalb etabliertes Geschäft an jenem Orte durch Bereisen wirken, auch an die Kunden dieses Ortes liefern[5]); denn ein Kaufmann betreibt sein Geschäft dort, wo er seine Handelsniederlassung hat[6]).

---

[1]) Gruchot Bd. 31 S. 727 R. G. v. 9. 3. 1887; Bolze Bd. 5 No. 601 v. 25. 1. 1888; Bd. 9 No. 361 v. 14. 3. 1890; Haase S. 30; a. M. Ritter S. 123, welcher meint, der Gehülfe sei dann verpflichtet, zu dem nächsten Kündigungstermine zu kündigen oder dies evtl. als Grund zur sofortigen Kündigung zu benutzen, wenn die Veränderung des Geschäftsbetriebes einen solchen darstellt.

[2]) Bolze Bd. 9 No. 245 v. 25. 2. 1890 (R. G. Bd. 26 S. 164).

[3]) Bolze Bd. 12 No. 417 S. 232 v. 6. 6. 1891; Bd. 14 No. 399 S. 256 v. 7. 5. 1892.

[4]) R. G. im Gewerbearchiv 1903 S. 193 zit. bei Staub S. 344; a. M. Staub daselbst.

[5]) Bolze Bd. 8 No. 459 v. 19. 5. 1889; Gruchot Bd. 46 S. 124 R. G. v. 21. 9. 1901 (J. W. 1901 S. 726).

[6]) Bolze Bd. 9 No. 245 v. 25. 2. und 4. 3. 1890 (R. G. Bd. 26 S. 166); oben R. G. v. 21. 9. 1901.

Das Verbot des „Eintritts“ [1]) in ein gleichartiges Geschäft wird schon dadurch verletzt, daß er sebst ein solches errichtet [2]). Das Verbot der „Beteiligung“ wird übertreten durch Darlehnsgewährung an den Konkurrenten gegen Gewinnbeteiligung, dagegen nicht durch Darlehen gegen feste Zinsen; ferner durch persönliche Tätigkeit im Konkurrenzgeschäft gegen Gewinnbeteiligung, nicht aber gegen festen Lohn; denn ein Dienstvertrag gegen festen Lohn ist keine Beteiligung [3]).

Geht das Verbot dahin, sich an dem Unternehmen eines Dritten weder direkt noch indirekt zu beteiligen, so ist damit auch fortgesetzte [4]) persönliche Tätigkeit — auch unentgeltliche – für das Unternehmen des Dritten unterbunden. Das Gleiche gilt, wenn der Gehülfe in kein Konkurrenzgeschäft eintreten oder sich in keiner Weise dabei beteiligen darf. Damit ist mehr ausgedrückt, als wir mit dem nächstliegenden Sinne des Wortes „Beteiligung“ verbinden. Der nächstliegende und herrschende Sinn des Wortes „Beteiligung“ bedeutet eine Beteiligung durch Einsetzung der vollen Arbeitskraft, durch Einwerfen von Kapital, Grundstücken, Apparaten u. s. w., und zwar mit dem Anspruch auf Teilnahme am Gewinn, gewöhnlich auch mit der Verpflichtung, den Verlust mitzutragen [5]). In dem gewöhnlichen Sinne wird dagegen Beteiligung aufzufassen sein, sobald die Gründung eines Konkurrenzgeschäftes neben der Beteiligung an einem solchen verboten ist. Hier läßt die Nebeneinanderstellung darauf schließen, daß die Parteien nicht jede unbedeutende Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäft unter die Klausel stellen wollten [6]).

Aus den letzten beiden Fällen ersieht man aber gleichzeitig, daß es unmöglich ist, für die Auslegung von Konkurrenzklauseln bestimmte Regeln aufzustellen. Es können nur allgemeine Grundsätze für die Beurteilung gegeben werden.

---

[1]) über das Folgende vgl. Staub S. 340 Anm. 13.

[2]) Bolze Bd. 5 No. 603 v. 4. 2. 1887.

[3]) a. M. R. O. L. G. Bd. 12 S. 254 O. L. G. Braunschweig v. 9. 2. 1906 (R. 1906 S. 616 No. 1441) und R. G. Bd. 40 S. 98 v. 4. 12. 1897.

[4]) nicht gelegentliche; vgl. J. W. 1907 S. 20 R. G. v. 19. 11. 1906.

[5]) R. 1905 S. 534 No. 2216 R. G. v. 9. 5. 1905.

[6]) ebenso R. O. L. G. Bd. 12 S. 254 (vgl. Anm. 3).

Man hat häufig versucht, die Bestimmungen einer Konkurrenzklausel zu umgehen, so die Verpflichtung, die Kunden ferner nicht zu besuchen, dadurch, daß man die Kunden durch Reisende besuchen ließ. Mit Recht hat das Gericht hierin eine Uebertretung der Klausel erblickt[1]). Wohl aber ist dann noch ein schriftlicher Geschäftsverkehr mit den bisherigen Kunden zulässig[2]), ebenso ein privater, nicht geschäftlicher Besuch, wie z. B. bei einem guten Freunde[2]). Auch die Zustimmung oder Mitwirkung, daß die Ehefrau ein Geschäft etabliert, dessen Errichtung dem Gehülfen untersagt ist, ist eine Uebertretung. In dem letzten Falle darf der Gehülfe auch nicht seine Mittel dazu verwenden, daß das Geschäft von dritten Personen errichtet wird, so z. B. vom Vater oder Sohn[3]). Ist der Gehülfe im Zweifel über seine Befugnisse, so wird er auf jeden Fall sicher gehen, wenn er im Wege der Feststellungsklage seine vermeintlichen Rechte festzustellen sucht.

Natürlich kann der Gehülfe vom Prinzipal nicht in Anspruch genommen werden werden, wenn ihm der Prinzipal erlaubt hat, in ein bestimmtes Konkurrenzgeschäft einzutreten. Damit ist aber die Verbindlichkeit der Klausel für den Gehülfen keineswegs aufgehoben. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Gehülfe allgemein von seinem Prinzipal die Erlaubnis erhalten hätte, eine Konkurrenztätigkeit bei einer beliebigen Firma aufzunehmen. Von Wichtigkeit ist dies bei dem Uebergange des Geschäfts aus den Händen des alten Prinzipals[4]).

Ebensowenig übertritt ein Gehülfe die Klausel, der in seiner Eigenschaft als Vormund, Testamentsvollstrecker, Konkurs- oder Nachlaßverwalter die ihm untersagte geschäftliche Tätigkeit vornehmen muß. An sich kann dem Prinzipal gleichgültig sein, wem zum Vorteil die Konkurrenztätigkeit betrieben wurde. Doch kann sich hier der Gehülfe mit Recht auf sein Unvermögen zur Leistung

[1]) Bolze Bd. 22 No. 365 v. 22. 5. 1896.

[2]) R. O. L. G. Bd. 8 S. 255 O. L. G. Hamburg v. 15. 1. 1904 (Kfmann Bd. 5 S. 61 No. 2).

[3]) D. J. Z. 1896 S. 424 R. G. v. 3. 10. 1896; J. W. 1902 Beilage S. 264 R. G. v. 2. 7. 1902 (Kfmann Bd. 3 S. 54, g; R. 1902 S. 461); Sächs. Arch. Bd. 8 S. 118 R. G. v. 13. 11. 1897.

[4]) vgl. Pilz S. 98.

— zum Unterlassen — berufen. Um so mehr versteht es sich von selbst, daß jede unter Einwirkung von unwiderstehlicher Gewalt begangene Handlung, die an sich als Zuwiderhandlung gegen ein Unterlassungsversprechen erscheint, unter jenem Gesichtspunkte des Unvermögens zur Leistung betrachtet werden muß [1]).

Die Folgen der Uebertretung einer Konkurrenzklausel sind verschieden, je nachdem der Gehülfe für den Fall der Uebertretung eine Vertragsstrafe versprochen hat oder nicht.

A. Eine Vertragsstrafe ist vereinbart.

„Hat der Handlungsgehülfe für den Fall, daß er die in der Vereinbarung übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, eine Strafe versprochen, so kann der Prinzipal nur die verwirkte Strafe verlangen; der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen." (§ 75 Abs. II H.-G.-B.).

Da das H.-G.-B. keine näheren Bestimmungen über die Vertragsstrafe getroffen hat, greifen nach Art. II E. G. z. H.-G.-B. ergänzend die Vorschriften des B.-G.-B. ein. Nach § 339 B.-G.-B. wird die Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt. Es bedarf also keiner vorherigen Inverzugsetzung, insbesondere nicht einer Mahnung seitens des Prinzipals. Die Zuwiderhandlung braucht auch nicht schuldhaft oder bewußt zu sein [2]). Jedoch ist die Strafe nicht verfallen, wenn der Gläubiger die Zuwiderhandlung selbst verschuldet hat [3]). Die Vertragsstrafe kann aber nur verwirkt werden, wenn die Hauptforderung gültig ist (§ 344 B.-G.-B.). Die Zuwiderhandlung gegen die Konkurrenzklausel hat der Prinzipal zu beweisen (§ 345 B.-G.-B.).

Nach § 340 B.-G.-B. kann der Prinzipal die Strafe *oder* Erfüllung der Klausel verlangen. Verlangt er die Strafe, so kann er nicht mehr auf Erfüllung bestehen; verlangt er dagegen die

[1]) vgl. Wendt S. 59.

[2]) ebenso Planck Bd. II, 1. Aufl. S. 119 zu § 339 unter 2; a. M. Kuhlenbeck Bd. I S. 237.

[3]) Dernburg Bd. II S. 229; Rehbein S. 232; Staub II S. 1063/64.

Erfüllung, so kann er statt der Erfüllung noch die Strafe verlangen. Die Parteien können auch vereinbaren, daß für den Fall der Zuwiderhandlung Erfüllung und die Strafe verlangt werden kann [1]). Da aber nach § 340 Abs. II B.-G.-B. der Gläubiger die Vertragsstrafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen kann, so hindert die getroffene Vereinbarung den Prinzipal nicht, einen die Vertragsstrafe übersteigenden Schaden noch geltend zu machen. (§ 340 Abs. II B.-G.-B.)

Auch nach dem alten Handelsrecht konnte Erfüllung neben der Strafe verlangt werden, wenn der Parteiwille darauf gerichtet war [2]).

Für das moderne Handelsrecht wird jedoch durch § 75 Abs. II H.-G.-B. die Bestimmung des § 340 B.-G.-B. für die Handlungsgehülfen beseitigt. Danach kann der Prinzipal, wenn eine Vertragsstrafe vereinbart ist, jetzt nur noch die verwirkte Strafe verlangen [3]). Er kann weder Erfüllung noch Ersatz eines weiteren Schadens beanspruchen, selbst wenn die Parteien etwas Derartiges verabredet haben; denn eine solche Vereinbarung ist nach § 75 Abs. III H.-G.-B. nichtig. Der Prinzipal kann auch nicht auf die Strafe verzichten, um sich einen Anspruch auf Erfüllung zu sichern. Dies ist vom Prinzipal bei Abschluß des Vertrages wohl zu berücksichtigen. Ist der Gehülfe vermögenslos, so ist der Prinzipal ganz schutzlos. Er ist dies umsomehr, als nach dem Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes eine Pfändung des Gehaltes nur in beschränktem Maße zulässig ist. Deshalb wird der Prinzipal nur selten die Möglichkeit haben, eine verwirkte Strafe nach und nach einzutreiben [4]). Die Folge wird sein, daß in Zukunft eine Vertragsstrafe nur dann

---

[1]) Planck Bd. II, 1. Aufl. S. 120 zu § 340 unter 1; Rehbein S. 235; R. G. Bd. 49 S. 191 v. 28. 6. 1901.

[2]) Bolze Bd. 4 S. 180 No. 591 v. 7. 12. 1886; Kfmann Bd. 5 S. 64 No. 15 R. G. v. 28. 6. 1901 (J. W. 1904 S. 45 No. 15); vgl. auch Kfmann Bd. 3 S. 54, b R. G. v. 4. 7. 1902 (J. W. 1902 Beil. S. 250; R. 1902 S. 433); Kfmann B. 4 S. 55, o O. L. G. Frankfurt v. 19. 9. 1902.

[3]) und zwar mit 4 % Verzugszinsen, nicht 5 % (vgl. R. G. in Puchelts Z. Bd. 34 S 15, bei Staub zit. S. 343 Anm. 6).

[4]) vgl. Reinshagen S. 45.

verabredet wird, wenn der Prinzipal mit einem vermögenden Gehülfen zu tun hat oder wenn ihm Bürgschaft geleistet wird. In der Praxis wird dieser Fall aber selten eintreten. Der Prinzipal wird deshalb in seinem eigensten Interesse auf Vereinbarung einer Vertragsstrafe verzichten.

Sobald der Gehülfe der übernommenen Verpflichtung zuwiderhandelt, ist die Strafe verwirkt, ist aber auch der Anspruch auf Erfüllung und damit die Möglichkeit des nochmaligen Verwirkens der Strafe ausgeschlossen. Erfüllung würde, sobald der Eintritt in ein Konkurrenzgeschäft unter Strafe gestellt ist, Austritt aus demselben, sobald aber nur einzelne Handlungen, wie z. B. der Besuch von Kunden, untersagt ist, ferneres Unterlassen dieser Handlungen bedeuten. Da aber nach Verwirkung der Strafe Erfüllung nicht mehr verlangt werden kann, kann also auch nicht verlangt werden, daß der Gehülfe nun aus dem Geschäft austritt oder die Kunden nicht mehr besucht. Mit anderen Worten: es kann nicht mehr das aus der Konkurrenzklausel hergeleitete Recht von dem früheren Prinzipal geltend gemacht werden; die Konkurrenzklausel hat ihre Verbindlichkeit eingebüßt. Der accessorischen Natur der Vertragsstrafe entsprechend entfällt damit auch ihre Wirksamkeit. Sie kann also nicht zum zweiten Male gefordert werden[1]). Mit Recht bezeichnen daher Düringer-Hachenburg[2]) die Vertragsstrafe als den Preis, um den sich der Gehülfe von der Klausel befreien kann. Die Strafe ist also Wandelpön[3]).

Daraus folgt weiter, daß eine Konkurrenzklausel, in welcher für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe versprochen wird, der Vorschrift des § 75 Abs. II Satz 1 H.-G.-B. zuwiderläuft, und insoweit nicht wirksam ist, als sie zuwiderläuft[4]).

---

[1]) ebenso Roßner S. 59; a. M. Lehmann-Ring S. 183.

[2]) S. 243.

[3]) Engelmann S. 55.

[4]) Reinshagen S. 46 und Tiedemann S. 131. Der gleichen Ansicht sind auch Düringer-Hachenburg S. 244; Frankenburger S. 112; Fravi S. 71; Goldmann S. 366; Horrwitz S. 156; Staub S. 344. Sie begründen aber ihre Ansicht teils garnicht, teils berufen sie sich, und zwar mit Unrecht, auf eine Entscheidung des Reichsgerichts v. 4. 2. 1888 (Bolze Bd. 5 No. 603). Diese Entscheidung stammt aber

Die Strafe ist der Höchstbetrag, den der Prinzipal verlangen kann. Jeder weitere Schadensanspruch ist ausgeschlossen. Die Strafe kann auch nur einmal verlangt werden. Deshalb bildet die Strafe das von vornherein fixierte Höchstinteresse des Prinzipals an der Einhaltung der Klausel. Der Prinzipal wird deshalb die Strafe so hoch bemessen, daß er für alle Fälle des durch die Verletzung entstehenden Schadens gedeckt wird.

Aber auch hier tritt ihm das Gesetz hindernd in den Weg. § 75 Abs. II Satz 2 H.-G.-B. besagt: „Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe bleiben unberührt." Diese an sich durch § 348 H.-G.-B. überflüssige Bestimmung ist hierher gesetzt, um Mißverständnissen vorzubeugen und vor allem den Wert dieser Bestimmung zum Schutze der Handlungsgehülfen hervorzuheben. Die betreffende Bestimmung des B.-G.-B. (§ 343 Abs. I) besagt:

„Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen."

Durch diese Bestimmung soll der Schuldner gegen eine mit den guten Sitten nicht vereinbarte Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit geschützt werden[1]). Man will eine Ausbeutung verhindern, die erfahrungsgemäß gerade auf diesem Umwege leicht eintritt, indem sich Leichtsinn, Unerfahrenheit oder Notlage zur Zusage übertrieben hoher Vertragsstrafen bereit finden lassen in der Hoffnung, daß der Fall, für den sie versprochen wird, nicht eintreten werde. Tritt dann der Fall doch ein, und es wird die

---

aus einer Zeit, wo der § 74 H. G. B. oder eine gleiche Bestimmung noch nicht vorhanden war. Sie besagt nur: „Ein jeder Kontraventionsfall" bedeutet Eintritt in ein fremdes Handelshaus, nicht das infolge der Beteiligung geschlossene einzelne Geschäft. Nach altem Rechte konnte aber sehr wohl, wie oben schon erwähnt, ein Gehülfe, der „für jeden Fall der Zuwiderhandlung" eine Strafe versprochen hatte, dieselbe mehrmals verwirken.

[1]) Planck Bd. 6 S. 284.

hohe Strafe gefordert, während dem Gegner überhaupt kein oder nur ein geringfügiger Schaden erwachsen ist, dann erscheint die Befugnis des Richters zur Herabsetzung der Strafe als ein von unserem sittlichen Bewußtsein gefordertes Ausgleichungsmittel gegen den Mißbrauch des formellen Rechts[1]).

Die Herabsetzung der Strafe soll auf Antrag des Schuldners durch Urteil erfolgen, d. h. entweder auf seine Klage oder auf die Widerklage gegen die Klage auf Zahlung der Strafe. Die Klage (Widerklage) ist keine Feststellungsklage, auch keine Klage auf Beseitigung der Strafabrede, sondern Klage auf teilweise Beseitigung der eingetretenen Strafverwirkung[2]).

Umstritten ist die Frage, ob eine solche Herabsetzung auch einredeweise geltend gemacht werden kann.

Dr. Markus[3]) verneint das Einrederecht des Schuldners, da nach § 322 Z.-P.-O. ein Urteil nur insoweit der Rechtskraft fähig sei, als über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden sei. Ein solcher Anspruch liege aber in dem Herabsetzungsantrag. Um Rechtskraft zu erlangen, könne er also nur durch Klage oder Widerklage geltend gemacht werden. Staudinger[4]), der auf demselben Standpunkt steht, meint, „die Geltendmachung durch Einrede dürfte nicht genügen, da § 343 B.-G.-B. einen auf Herabsetzung gerichteten Antrag erfordert." Den Beweis führt er aus § 315 Abs. III Satz 2 und § 319 Abs. I Satz 2 B.-G.-B., wo die Worte „auf Antrag des Schuldners" fehlen. Dort sei Einrede zulässig. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Worte „auf Antrag des Schuldners" in § 343 B.-G.-B. bedeuten: Nur wenn der Schuldner sich auf diesen Paragraph beruft, soll der Richter die Herabsetzung vornehmen. Macht er diesen Einwand nicht geltend, so bleibt es bei einer auf Entrichtung der ganzen Summe gestellten Leistungsklage bei der hohen Strafe, wenn sie der Richter auch für unverhältnismäßig hoch hält. Nur wenn der Sachverhalt einen

---

[1]) Habicht S. 250; so auch O. L. G. Hamburg v. 9. 2. 1900 im R. 1900 S. 175.

[2]) Fromm S. 80; Litthauer-Mosse S. 379; Rehbein II S. 241; Staub II S. 1066.

[3]) im R. 1900 S. 214.

[4]) Bd. II, a S. 184.

unsittlichen Charakter der Strafe erkennen läßt, kann der Richter ihre Nichtigkeit von amtswegen aussprechen[1]). Deshalb ist in Uebereinstimmung mit den meisten Schriftstellern die einredeweise Geltendmachung des § 343 B.-G.-B. anzuerkennen[2]).

Die Strafe muß aber bereis verwirkt sein. Deshalb kann nicht vor der Verwirkung auf Herabsetzung geklagt werden, z. B. um zu sehen, zu welchem Preise die Uebertretung riskiert werden kann[3]). Auch darf die Strafe noch nicht entrichtet sein, da sonst nach § 343 Abs. I Satz 3 B.-G.-B. die Herabsetzung ausgeschlossen ist, es sei denn, daß unter Vorbehalt gezahlt ist[3]). Eine teilweise Entrichtung hindert aber nicht die Herabsetzung. Es kann sogar unter Umständen der ganze Rest gestrichen werden[4]).

Wann eine unverhältnismäßige Höhe der Vertragsstrafe vorliegt, ist Tatfrage[5]). Maßgebender Zeitpunkt ist nicht der Zeitpunkt der Vereinbarung oder der Verwirkung, sondern die Zeit des Urteils. Die Herabsetzung soll evtl. erfolgen, nicht weil die Vereinbarung der Strafe, sondern weil die Einforderung derselben wegen übermäßiger Höhe gegen die guten Sitten verstößt und deshalb unangemessen ist. Es wird zwar dabei auch Rücksicht zu nehmen sein auf die Zeit der Vereinbarung, Verwirkung und Geltendmachung, aber nur für die Frage, ob die Entrichtung der Strafe wegen ihrer übermäßigen Höhe den Schuldner unbillig bedrückt[6]).

---

[1]) Rehbein II S. 243.

[2]) Dernburg II, 1 S. 228; Fischer-Henle S. 188; Hölder im R. 1900 S. 162; Litthauer-Mosse a. a. O.; Müller und Meikel Bd. I S. 262/63; Neumann B. G. B. Bd. I S. 282; Oertmann S. 86; Rehbein II S. 241; Windscheid-Kipp II S. 157; J. W. 1903 Beil. S. 96 R. G. v. 1. 5. 1903 (D. J. Z. Bd. 8 S. 429; Sörgel 1903 S. 75 No. 6); Sörgel 1905 S. 82, d R. G. v. 5. 4. 1905; R. O. L. G. Bd. 8 S. 430 L. G. Dresden v. 26. 10. 1903 und Kammergericht v. 12. 12. 1903.

[3]) Rehbein a. a. O.

[4]) Staub II S. 1067.

[5]) vgl. Sörgel 1904 S. 83 No. 1 O. L. G. Dresden v. 25. 10. 1903; O. L. G. Braunschweig v. 26. 3. 1903 (R. O. L. G. 8 S. 43); Sörgel 1905 S. 82, a O. L. G. Karlsruhe v. 11. 11. 1903; J. W. 1907 S. 12 R. G. v. 13. 11. 1906; R. O. G. Bd. 8 S. 43; die Anm. 2 zit. Entsch.

[6]) Neumann, B. G. B. a. a. O.; Planck II, 1. Aufl. S. 123 zu § 343; Rehbein a. a. O.; Staudinger II, a S. 184; J. W. 1907 S. 11 R. G. v. 16. 11. 1906 (R. 1907 S. 55 No. 19).

Die Vertragsstrafe dient dem Zwecke der Interesseleistung. Sie umfaßt jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, „berechtigt" im nicht juristischen Sinne[1]). Zunächst also das Vermögensinteresse, den möglichen, wie den wirklichen Schaden, den der Prinzipal erlitten hat. Deshalb muß die Strafe in einem billigen Verhältnis zur Beeinträchtigung der geschäftlichen Interessen des Prinzipals stehen[2]). Sie darf aber nicht schon deshalb herabgesetzt werden, weil dem Prinzipal kein Schaden entstanden ist[3]); denn sie soll auch zugleich einem Interesse dienen, das nicht Vermögensinteresse ist, also einem bloßen Affektionsinteresse. Aber es muß immerhin ein verständiges Interesse sein, bloße Launen und Kapricen verdienen im Rechtsverkehr keine Berücksichtigung[4]).

Die Feststellung eines solchen Interesses, insbesondere eines Affektionsinteresses, ist besonders schwierig. Stammler[5]) schlägt folgenden Weg vor:

„Er geht aus vom sozialen Ideal des Zusammenlebens. Man soll die rechtlich Verbundenen in der Idee sich als solche vorstellen, die in Richtigkeit ihre Einzelziele verfolgen. Dabei tritt jeder einzelne als ein zugleich den andern achtender und von ihm ebenso geachteter Mensch hervor. Dieses soziale Ideal erfordert, daß nicht der einzelne gezwungen werde, im Rechtsverkehr seinen wohlberechtigten Interessen zu entsagen. Die grundsätzliche Richtlinie geht hier auf eine Beachtung des einen rechtlich Verbundenen wechselseitig gegenüber dem andern. Es wird also in der Reihe der auszuspinnenden Gedanken ein jeder in seinen eigenen Zwecken zum nächsten Ausgangspunkte genommen.

Andererseits muß man aber die Zusammengehörigkeit betonen. Ein jeder muß in seiner Eigenschaft als Mitglied des Ganzen in das Auge gefaßt werden. Jenes zielt auf das Achten des einzelnen in seinem besonderen rechten Wollen ab, dieses leitet zu dem

---

[1]) Windscheid-Kipp a. a. O.

[2]) R. 1905 S. 315 No. 829 R. G. v. 21. 11. 1905 (J. W. 1906 S. 34 No. 44).

[3]) Rehbein II S. 242; Litthauer-Mosse a. a. O.; R. O. L. G. Bd. 3 S. 286 O. L. G. Dresden v. 14. 7. 1901.

[4]) Staub II S. 1066.

[5]) Lehre v. richtigen Rechte S. 206 ff., 281, 383 ff.

Festhalten des Gedankens von der sozialen Gemeinschaft, von dem wechselseitigen Teilnehmen. Daraus ergeben sich für das soziale Ideal die beiden Grundsätze des Achtens und des Teilnehmens:

Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann (achten), und jede rechtliche Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann (teilnehmen).

Wendet man diese Grundsätze — ihre Richtigkeit einmal angenommen — auf unsern Fall an, so hat man zunächst die streitenden Parteien in Gedanken in eine Gemeinschaft zu setzen, in welche jeder sein umstrittenes Wollen einzubringen hat, auf daß in objektiver Richtlinie die Auseinandersetzung erfolgen kann. Hierin hat man obige Grundsätze vom richtigen Rechte einzuarbeiten. Der Geschädigte und der Verletzende waren verbunden, um in rechter Weise gemeinschaftlich zu sein und zu wirken. Da nun die eine Person dieses bricht, indem sie des andern Persönlichkeit als Mittel zu ihren blos subjektiv gültigen Zwecken gemacht hat, so ist dieses Verhalten, das nicht richtig war, zu berichtigen. In dem Geschädigten ist eine objektiv begründete Unlust hervorgerufen worden, welche nach dem Gesetze durch eine Geldbuße des Deliquenten an jenen in gegenständlich erwägender Weise ausgemerzt werden soll. Wenn man dabei auf den persönlichen Haß und Groll des verletzten Teiles sehen wollte, käme man in ungezügeltes Verlangen hinein. Der zum Ersatze Verpflichtete soll eine billige Entschädigung leisten. Das ist eine solche, welche mit beiderseitiger Berücksichtigung nach richtigem Rechte bestehen kann: Der Verpflichtete ist soweit zu benachteiligen zu Gunsten des von ihm unrichtig Behandelten, daß der Gedanke einer Gemeinschaft von Menschen, die in ihren rechten Zwecken sich gegenseitig und ebenmäßig achten, nach der früheren Mißachtung desselben jetzt wieder hergestellt erscheint."

Die Vertragsstrafe soll den Berechtigten also für alle Fälle, wo ihm ein Vorteil im weitesten Sinne des Wortes entgeht, oder ihm ein Nachteil erwächst, eine Vergütung im weitesten neben der Entschädigung die Genugtuung in sich schließenden Sinne des Wortes gewähren[1]). Auch der Umstand, daß die Vertragsstrafe

[1]) Hölder im R. 1900 S. 164.

ein Zwangsmittel ist und die Vertragstreue fördern soll, ist zu bedenken. Die Sicherheit des Verkehrs sowie Treu und Glauben erfordern es, daß man sich so verhält, wie es der Auffassung und tatsächlichen Uebung redlich denkender Menschen entspricht[1]). Der Richter muß sich daher hüten, zu leicht von dem Ermäßigungsrechte Gebrauch zu machen. Dadurch würde er der Vertragsuntreue nur Vorschub leisten. Der Gesetzgeber[2]) ist auch von der Erwägung ausgegangen, daß der deutsche Richter von dem Ermäßigungsrechte keinen zu weitgehenden Gebrauch machen werde. Nur wo mit Sicherheit das Interesse nicht eine solche Höhe erreicht, wo es vielmehr im krassen Widerspruch zu dem Interesse steht, ist herabzusetzen.

Aber die Strafe kann auch dadurch unverhältnismäßig hoch sein, daß sie dem Verpflichteten einen übermäßigen Nachteil zufügt. Treu und Glauben im Verkehr verlangen auch Berücksichtigung der Vermögenslage des Schuldners[3]). Je weniger derselbe an Vermögen besitzt und je weniger er selbst verdient, um so schwerer wird es ihm, eine solche Strafe zu bezahlen. So werden z. B. 1000 M von von einem Handlungsgehülfen, der noch ein Privatvermögen besitzt, mit Leichtigkeit beglichen, während ein solcher, der nur sein Gehalt bezieht und dem sonst keine Einnahmequellen zu Gebote stehen, diese Summe seinem Gehalt abrechnen muß. Er kann sie nur nach und nach tilgen.

Zu Gunsten des Berechtigten spricht aber wieder der Umstand, daß der Schuldner um so weniger auf Mitleid rechnen kann, als er sich ja selbst durch seine Vertragsverletzung in eine seine Vermögensverhältnisse bedrückende Lage gebracht hat[4]). Von Bedeutung ist hierfür auch die Frage, ob der Gehülfe vorsätzlich oder fahrlässig handelte und welcher Grad der Fahrlässigkeit vorliegt. Der

---

[1]) Dernburg II, 1 S. 24; Stammler, Schuldverh. S. 36; Staub a. a. O.; R. 1903 S. 17 No. 12 O. L. G. Frankfurt v. 24. 11. 1902 (Sörgel 1903 S. 75 No. 1).

[2]) Prot. d. II. Lesung Bd. I S. 785.

[3]) R. 1903 S. 161 No. 888 O. L. G. München v. 20. 6. 1902 (Kfmann Bd. 4 S. 55, n); Neumann, B. G. B. I S. 282; Oertmann S. 86; Staub a. a. O.

[4]) vgl. Staub a. a. O.

Richter wird also nur im Falle äußerster Not helfen oder helfen dürfen, wenn der Schuldner durch die Leistung zum wirtschaftlichen Ruin gebracht würde. Ruinöse Strafen will das Gesetz nicht, nur angemessene. Das Bedingen ruinöser Strafen kann der Vereinbarung der Strafe, wenn dieser Charakter der Strafe dem Gläubiger bewußt ist, den Stempel der Unsittlichkeit aufdrücken und sie nach § 138 B.-G.-B. nichtig machen[1]).

Dem Schuldner liegt der Beweis der unverhältnismäßigen Höhe ob[2]). Er hat insbesondere darzutun, daß im einzelnen Falle ein offenbares Mißverhältnis zwischen der Strafe und dem Interesse des Gläubigers besteht. Aber er braucht nicht ziffernmäßig anzugeben, welches der angemessene Betrag ist; denn dies überläßt das Gesetz dem freien Ermessen des Richters[3]).

Die Vorschrift über die Herabsetzung hat zwingenden Charakter. Es kann also nicht im voraus vereinbart werden, daß dem Schuldner das Ermäßigungsrecht nicht zustehen soll. Ein nachträglicher Verzicht auf dasselbe ist aber zulässig, d. h. ein Verzicht nach Verwirkung der Strafe[4]).

Schließlich ist noch zu bemerken, daß das Gericht dem auf Zahlung der Strafe verklagten Gehülfen auch dann die ganzen Prozeßkosten auferlegen kann, wenn er auf Grund von § 343 B.-G.-B. nur zu einem Teile der eingeklagten Strafe verurteilt wird, da hier der Fall des § 92 Abs. II Z.-P.-O. vorliegt, daß der Betrag der klägerischen Forderung von der Festsetzung durch richterliches Ermessen abhängig gewesen ist[5]).

B. Eine Vertragsstrafe ist nicht vereinbart.

Ist bei Vereinbarung der Konkurrenzklausel keine Vertragsstrafe festgesetzt, so finden mangels besonderer Bestimmungen im H.-G.-B.

[1]) Rehbein S. 243.

[2]) Dernburg II, 1 S. 227; Müller und Meikel I S. 263; Neumann, B. G. B. a. a. O; Otto im Sächs. Arch. Bd. 8 S. 715 „Das Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B."; Staub a. a. O.

[3]) Oertmann a. a. O.

[4]) Staub II S. 1068; Pilz S. 96.

[5]) Bl. f. Rspfl. in Th. Bd. 53 S. 186 O. L. G. Jena v. 5. 1. 1906.

die allgemeinen Vorschriften des B.-G.-B. über Erfüllungs- und Schadensersatzpflicht Anwendung.

Danach hat der Prinzipal einen doppelten Anspruch, nämlich auf Erfüllung und auf Schadensersatz. Er kann diese Ansprüche sowohl alternativ wie auch kumulativ geltend machen[1]).

Der Erfüllungsanspruch hat einen verschiedenen Inhalt je nach der untersagten Tätigkeit des Gehülfen. Bezieht sich die Klausel auf eine unselbständige Tätigkeit des Gehülfen, so besteht die Erfüllung der Klausel in einem Unterlassen. Handelt der Gehülfe dieser Verpflichtung zuwider, obgleich er zu der Unterlassung verurteilt ist, so ist er nach § 890 Z.-P.-O. wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers, also des Prinzipals, von dem Prozeßgericht I. Instanz zu einer Geldstrafe bis zu 1500 M oder zur Strafe der Haft bis zu 6 Monaten zu verurteilen. Jedoch darf das Maß der Gesamtstrafe 2 Jahre Haft nicht übersteigen. Der Verurteilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgericht I. Instanz erlassen wird. Die Androhung einer fest bestimmten Strafe ist nicht erforderlich, vielmehr genügt die Angabe des Höchstmaßes[2]). Die nach dem Urteil ergehende Strafandrohung ist bereits Beginn der Zwangsvollstreckung. Daher muß gemäß § 750 Abs. I Z.-P.-O. das Urteil vorher zugestellt sein[3]). Die Androhung und Verurteilung können hinsichtlich des Strafmaßes auseinander gehen. Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden. (§ 890 Abs. III Z.-P.-O.) Die Art der Strafe, ob Geldstrafe oder Haft, steht im Belieben des Gerichts. Das Gericht wird insbesondere bei Mittellosigkeit des Gehülfen sofort die Haft anordnen[4]). Es

---

[1]) Fuld (S. 98) meint, der Prinzipal könne nur das eine oder das andere verlangen; ebenso M. v. Schulz (im Gewerbe- und Kfmsgericht 12. Jhrgg. S. 145 ff: „Die Konkurrenzklausel und ihre Bekämpfung.") S. 152.

[2]) R. O. L. G. Bd. 13 S. 188 O. L. G. Kolmar v. 7. 9. 1906.

[3]) Sydow-Busch S. 708 Anm. 4; R. G. Bd. 42 S. 419 v. 20. 12. 1898.

[4]) vgl. R. O. L. G. Bd. 1 S. 245 Beschluß des O. L. G. Kolmar v. 9. 4. 1900.

kann Geldstrafe oder Haft oder auch beides nacheinander verhängen. Die Strafe ist für jeden Fall der Zuwiderhandlung je nach der Verschuldung besonders zu bemessen. Ist eine Strafe nicht beitreibbar, so kann dieselbe nicht in Haft umgewandelt werden [1]). Gegen die Strafandrohung, nicht erst gegen die Straffestsetzung, findet sofortige Beschwerde statt [2]).

Ist dem Gehülfen eine selbständige Tätigkeit verboten, wie z. B. Errichtung eines Konkurrenzgeschäftes, und hat er diese Bestimmung übertreten, so besteht die Verpflichtung des Gehülfen nicht lediglich im Unterlassen, vielmehr ist dann häufig ein positives Handeln desselben erforderlich, nämlich die Schließung des Geschäftes. Widersetzt sich der Gehülfe, so ist nach § 888 Abs. I Z.-P.-O., falls die Handlung ausschließlich von seinem Willen abhängt [3]), auf Antrag von dem Prozeßgericht I. Instanz zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafe bis zum Gesamtbetrage von 1500 M oder durch Haft anzuhalten sei [4]). Sind die Geldstrafen hierbei erschöpft, so kann trotzdem noch auf Haft (nach § 913 Z.-P.-O. bis zur Dauer von 6 Monaten) erkannt werden. Ist auch die Haft erschöpft, so stehen keine weiteren Zwangsmittel zu Gebote, vielmehr kann der Prinzipal nur seinen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen. Dabei ist zu beachten, daß Geldstrafen und Haft nur Zwangsmittel sind, keine Strafe. Sie sind daher nicht mehr beizutreiben bezw. zu vollstrecken, wenn der Schuldner unterdessen die Handlung vorgenommen hat [5]).

[1]) R. G. Bd. 7 S. 358 v. 22. 5. 1882; Seuff. Arch. Bd. 54 S. 120 O. L. G. Braunschweig v. 26. 7. 1896; R. O. L. G. Bd. 2 S. 224 O. L. G. Karlsruhe v. 29. 7. 1900

[2]) R. G. Bd. 42 S. 414 v. 20. 12. 1898; Z. P. O. § 793.

[3]) Also nicht, wenn der Willensentschluß anderer Personen erforderlich ist, wie z. B. bei der Beteiligung an einer Handelsgesellschaft. vgl. Tiedemann S. 128.

[4]) ebenso Haase S. 32; a. M. Heck in G. Z. Bd. 37 S. 286, der nach § 887 Z. P. O. vollstrecken will, weil die Exekution der zwangsweisen Schließung des Geschäfts durch einen Dritten erfolgen könne. Lemberg (S. 67) erklärt die zwangsweise Schließung des Geschäfts für unzulässig, es käme nur § 890 Z. P. O. in Frage.

[5]) R. G. Bd. 24 S. 378 v. 10. 8. 1889; R. G. Bd. 38 S. 422 v. 23. 1. 1897; Bd. 43 S. 398 v. 7. 1. 1899.

Sicherheitsleistung (§ 890 Z.-P.-O.) sowie die Unterlassung selbst kann auch durch einstweilige Verfügung angeordnet werden[1]) und zwar dann, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte[2]), wenn z. B. nur ein begründeter Verdacht vorliegt, der Gehülfe werde eine Konkurrenzstellung annehmen oder ein Konkurrenzgeschäft begründen[3]).

Nach § 940 Z.-P.-O. kann auch unter Umständen die Einstellung eines Konkurrenzbetriebes oder der Austritt des Gehülfen aus der Konkurrenzfirma durch einstweilige Verfügung herbeigeführt und so der mit der Klage zu erzielende Erfolg vorweg genommen werden, sofern diese Regelung zur Abwendung *wesentlicher* Nachteile oder aus anderen Gründen *nötig* erscheint. Die Zuwiderhandlung an sich begründet aber nicht diesen Anspruch auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, vielmehr muß ein wesentlicher Nachteil im speziellen nachgewiesen werden sowie die Notwendigkeit der beantragten einstweiligen Regelung[4]).

Neben der Erfüllung oder auch an Stelle derselben kann der Prinzipal *Schadensersatz* fordern. Derselbe umfaßt neben dem durch die Verletzung entstandenen Schaden auch den entgangenen Gewinn[5]).

Die in § 75 Abs. I—II enthaltenen Vorschriften sind zwingender Natur; denn Abs. III besagt: „Vereinbarungen, welche diesen Vorschriften zuwiderlaufen, sind nichtig."

Diese Bestimmung bezieht sich nur auf § 75. Sie bildet einen wesentlich Gegensatz zu der bisherigen Rechtsprechung, wonach abweichende Vereinbarungen rechtsgültig waren[6]).

---

[1]) R. G. Bd. 9 S. 335 v. 30. 3. 1883; Bd. 27 S. 430 v. 8. 6. 1891; G. Z. Bd. 46 S. 487 O. L. G. Frankfurt v. 22. 7. 1896; J. W. 1892 S. 371 R. G. v. 22. 6. 1892.

[2]) Z. P. O. § 935.

[3]) R. G. v. 22. 6. 1892 bei Pilz S. 98.

[4]) Kfmann Bd. 2 S. 42 O. L. G. Karlsruhe v. 13. 8. 1901 (R. O. L. G. Bd. 3 S. 447).

[5]) im einzelnen vgl. §§ 249 ff. B. G. B.

[6]) vgl. Seuff. Arch. 46 No. 214 R. G. v. 8. 12. 1890; Bolze Bd. 3 S. 191 v. 8. 7. 1886; Bd. 7 S. 531 v. 19. 1. 1889; Bd. 13 S. 399 v. 24. 5. 1892; Bd. 18 S. 351 v. 18. 5. 1894.

Auch hier taucht wieder die Frage auf, ob eine solche nichtige Vereinbarung die ganze Konkurrenzklausel, ja den ganzen Dienstvertrag nichtig macht. Da Abs. III nur von den nichtigen Vereinbarungen spricht, die einen Teil der Konkurrenzklausel bilden, nicht aber von der ganzen Konkurrenzklausel, so greift auch hier wieder mangels besonderer Bestimmungen im H.-G.-B. das B.-G.-B. ergänzend ein [1]).

Da die Kenntnis des Abs. III bei jedem Kaufmann vorausgesetzt werden muß, kann nicht angenommen werden, daß er ohne die wichtige Bestimmung den Vertrag mit dem Handlungsgehülfen nicht geschlossen hätte. Daraus ergibt sich in Verbindung mit § 139 B.-G.-B., daß der Dienstvertrag sowie der gültige Teil der Vereinbarung durch Bestimmungen, die gegen § 75 H.-G.-B. verstoßen, nicht berührt wird [2]).

Während Zuwiderhandlungen der Handlungsgehülfen gegen das gesetzliche Konkurrenzverbot in § 61 H.-G.-B. bei einer Ausschlußfrist von 5 Jahren in 3 Monaten verjähren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschluß des Geschäfts erlangt, sind für Zuwiderhandlungen gegen die §§ 74—75 H.-G.-B. keine besonderen Verjährungsfristen festgesetzt. Die Ansprüche aus einer Zuwiderhandlung gegen eine Konkurrenzklausel verjähren deshalb in 30 Jahren, wobei die Frist von der Zuwiderhandlung an gerechnet wird [3]). Wie Tiedemann [4]) mit Recht hervorhebt, ist auch für diesen Fall die Einführung einer kurzen Verjährungsfrist erwünscht, „um den Gehülfen unter allen Umständen gegen die Geltendmachung von Forderungen wegen lange zurückliegender Vorkommnisse zu schützen" [5]).

---

[1]) vgl. oben unter III (S. 46 ff.)

[2]) ebenso Goldmann S. 366; Horrwitz S. 157; Litthauer-Mosse S. 94 No. 10; Makower S. 233; O. L. G. Köln v. 1. 4. 1905 bei Koslowski S. 76; O. L. G. Hamburg v. 16. 5. 1906 daselbst S. 82; O. L. G. Kolmar v. 24. 10. 1902 im R. 1902 S. 592, welches aber S. 139 von der Anwendbarkeit ausschließt. Wie Kolmar auch Reinshagen S. 46 ff. und Staub S. 298.

[3]) B. G. B. §§ 195, 198.

[4]) S. 138.

[5]) Denkschrift zu § 61 H. G. B. S. 56; bei Hahn-Mugdan S. 236.

Zum Schlusse ist noch zu bemerken, daß bei der Entschädigungsklage wegen Verletzung der Konkurrenzklausel für den Gerichtsstand die Pflicht entscheidend ist, wegen deren Nichterfüllung der Schadensersatz verlangt wird. Der Ort, wo die Konkurrenzklausel zu erfüllen ist, ist Erfüllungsort [1]).

VI. Rückwirkende Kraft der §§ 74, 75 H. G. B.

Ueber die Frage der rückwirkenden Kraft der §§ 74, 75 H.-G.-B. auf am 1. Januar 1898 bereits bestehende Verträge war eine große Kontroverse entstanden, die aber übereinstimmend in Literatur und Rechtsprechung, insbesondere in wiederholten Entscheidungen des Reichsgerichts, beseitigt worden ist. Es mag daher genügen, — besonders aber, weil die Frage ihre praktische Bedeutung fast ganz verloren hat —, das Resultat nur kurz zusammenzufassen und im übrigen auf die reichhaltigen Entscheidungen und die Literatur darüber zu verweisen [2]).

---

[1]) R. 1904 S. 530 O. L. G. Darmstadt v. 31. 12. 1903 (Kfmann Bd. 5 S. 64 No. 14).

[2]) Seuff. Arch. Bd. 54 No. 158 R. G. vom 7. 12. 1898 (R. G. Bd. 43 S. 23; D. J. Z. 1899 S. 65, b); R. 1900 S. 464 O. L. G. Kassel v. 23. 4. 1900 (D. J. Z. 1900 S. 304); R. 1901 S. 17 R. G. v. 16. 11. 1900 (J. W. 1900 S. 855); R. 1901 S. 206 R. G. v. 12. 11. 1900 (Sächs. Arch. Bd. 10 S. 749); Kfmann Bd. 1 S. 14 R. G. v. 7. 4. 1900, v. 30. 5. 1900 und v. 27. 10. 1900 (J. W. 1900 S. 449, 592, 854); daselbst S. 15 O. L. G. Stuttgart v. 21. 12. 1900 R. O. L. G. Bd. 2 S. 206); R. G. Bd. 47 S. 103 v. 30. 11. 1900; D. J. Z. 1898 S. 312 L. G. I in Berlin v. 15. 6. 1898; 99 S. 21 R. G. v. 18. 11. 1898 (J. W. 1898 S. 665; R. G. Bd. 42 S. 97); daselbst S. 65, a R. G. v. 6. 12. 1898; S. 381 R. G. v. 8. 7. 1899 (J. W. 1899 S. 599); 1901 S. 50 R. G. v. 11. 7. 1900 und 23. 10. 1900; J. W. 1901 S. 379 R. G. v. 16. 4. 1901 (R. G. Bd. 48 S. 132); Gruchot Bd. 47 S. 999 No. 79 R. G. v. 24. 2. 1903 (J. W. 1903 Beil. S. 49; R. 1903 S. 215); Baron in D. J. Z. 1897 S. 249 ff.; Cohn S. 443; Cosack S. 752 (6. Aufl.); Frankenburger S. 110; Goldmann S. 361

Die vor dem 1. 1. 1898 geschlossenen Dienstverträge, mit denen Konkurrenzklauseln verbunden sind, unterliegen auch nach dem 1. 1. 1898 dem bisherigen Recht, gleichviel, ob die Zuwiderhandlung vor oder nach dem 1. 1. 1898 erfolgt ist[1]). Die §§ 74 und 75 H.-G.-B. finden auf diese Verträge auch dann keine Anwendung, wenn diese Verträge erst mit dem 1. 1. 1898 oder nach demselben in Kraft getreten sind. Für die am 1. 1. 1898 oder nach diesem Termin geschlossenen Verträge gelten die §§ 74, 75 H.-G.-B.

Ist jedoch das vor dem 1. 1. 1898 eingegangene Dienstverhältnis über den 1. 1. 1900 fortgesetzt worden, so finden nach Art. 171 E. G. z. B.-G.-B. in Verbindung mit Art. 2 E. G. z. H.-G.-B. sofern keine Kündigung des Dienstverhältnisses für den ersten Termin erfolgt ist, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig war, die §§ 74 und 75 H.-G.-B. von diesem Termin an Anwendung. War das Dienstverhältnis für eine bestimmte in die Zeit nach dem Inkrafttreten des B.-G.-B. hineinragende Dauer begründet, so war mangels einer Möglichkeit zu kündigen die Anwendung der §§ 74, 75 von vornherein ausgeschlossen (Art. 170 E. G. z. B.-G.-B.). Bei einem auf Lebenszeit abgeschlossenen Dienstverhältnis ist jedoch zu beachten, daß dasselbe nach § 624 B.-G.-B. nach Ablauf von 5 Jahren mit sechsmonatlicher Kündigungsfrist gekündigt werden kann, da die Vorschrift des § 624 vom 1. 1. 1900 an auch auf Dienstverhältnisse anzuwenden ist, die bereits vor dem Inkrafttreten des B.-G.-B. entstanden sind[2]). Erfolgt die Kündigung für diesen Termin nicht, so gilt fortan das neue Recht[3]).

---

u. 366; Landmann-Rohmer II S. 278; Lehmann in G. Z. Bd. 48 S. 1 ff; Lehmann-Ring S. 181 u. 183; Litthauer-Mosse S. 90; Makower S. 190; Max Pappenheim bei Gruchot Bd. 42 S. 309 ff. „Zu Art. I Abs. II u. III des E. G. z. H. G. B. v. 10. 5. 1897"; Rehbein S. 243; Staub in der D. J. Z. 1897 S. 333 ff.

[1]) a. M. Staub (S. 340 Anm. 16), Steiner (S. 34) und Düringer-Hachenburg (S. 239), die diese §§ als eine Vorschrift zwingenden Rechtes ansehen und ihnen Ausschließlichkeit beilegen. Auch Fuld bei Gruchot (S. 580 und S. 12 ff.) und Dove (S. 59) und O. L. G. Kolmar v. 20. 5. 1898 (in D. J. Z. 1900 S. 100).

[2]) Planck Bd. VI S. 276, 281, 284.

[3]) vgl. Fromm S. 43.

Dagegen ist heute infolge von § 75 Abs. II H.-G.-B. die Frage umstritten, von welchem Zeitpunkte an § 343 B.-G.-B. die vor dem 1. 1. 1900 geschlossenen Verträge mit Konkurrenzklauseln erfaßt. Meine Ansicht will ich kurz dahin zusammenfassen:

§ 343 B.-G.-B. findet auf alle nach dem 1. 1. 1900 verwirkten Strafen Anwendung, wenn dieselben auch im übrigen nach dem alten Rechte beurteilt werden[1]). Dies ergibt sich aus Folgendem:

Rückwirkende Kraft haben Rechtssätze im Zweifel nicht, sie sollen der Regel nach nur diejenigen Schuldverhältnisse ergreifen, welche unter ihrer Herrschaft begründet werden[2]). Aber das neue Recht setzt überall „abschließend einen Markstein, indem es fernere Anerkennung und gerichtlichen Rechtsschutz denjenigen Ansprüchen und Rechten entzieht, deren Geltendmachung gegen die vom B.-G.-B. gefestigten sittlichen und sozialen Grundsätze verstoßen würde“[3]). Nach den Motiven[4]) soll maßgebend sein, ob eine Norm des B.-G.-B. dergestalt einen reformatorischen oder prohibitiven Charakter hat, daß sie auch ältere Schuldverhältnisse zu ergreifen beabsichtigt. Die sittlichen und sozialen Grundsätze dulden keine Beugung, auch nicht durch die Berufung auf das an sich fortgeltende frühere Recht. Die Rechtsordnung würde andernfalls mit sich selbst in unlösbaren Widerspruch geraten. Zuweit geht es aber, wenn dies auf alle im zwingenden oder öffentlichen Interesse oder aus blos wirtschaftlichem Grunde erlassenen Gesetze ausgedehnt wird. Es sind

---

[1]) a. M. R. G. Bd. 53 S. 420 v. 10. 2. 1903 (Sörgel 1903 S. 75 No. 7) und Affolter S. 179, welche meinen, vor dem 1. 1. 1900 versprochene, aber erst nach dieser Zeit verwirkte Strafen unterliegen nicht dem § 343 B. G. B. Specht dagegen (in D. J. Z. 1897 S. 261), Böhm (S. 19), Könige (S. 48) und Moses (S. 21) lassen den § 343 schon am 1. 1. 1898 schon in Kraft treten, während das Hanseatische O. L. G. v. 9. 2. 1900 (R. 1900 S. 174) § 343 auf alle vor oder nach dem 1. 1. 1900 verwirkten Strafen anwenden will, sofern dieselben nur nach dem 1. 1. 1900 zur Aburteilung gelangen.

Meiner Ansicht folgen Staub (S. 345) und Düringer-Hachenburg (S. 244) sowie Rehbein S. 243 u. a.

[2]) Prot. d. II. Lesung zu Art. 103 E. G. z. B. G. B. S. 9007 (bei Brückner im R. 1900 S. 113 ff.: „zu Art. 171 E. G. zum B. G. B.“)

[3]) Endemann Bd. I S. 69.

[4]) Mot. z. Entw. eines B. G. B. S. 257.

vielmehr ganz vereinzelte Normen die eine derartige Ausschließlichkeit haben, daß sie den alten Rechtszustand beseitigen wollen, um einem schreienden Mißstande abzuhelfen. Dazu gehört vor allem der § 343 B.-G.-B.[1]). Durch ihn soll eine Ausbeutung des wirtschaftlich Schwachen, des Handlungsgehülfen, unmöglich gemacht und so Mißbräuchen des formalen Rechts entgegengetreten werden. Deshalb ergreift § 343 B.-G.-B. alle unter seiner Herrschaft — dieselbe hat am 1. 1. 1900 begonnen — verwirkten Strafen. Das B.-G.-B. will reformatorisch wirken, aber nicht überall den vollzogenen Tatbestand in Frage stellen. Ist vor dem 1. 1. 1900 die Strafe noch nicht verwirkt, so handelt es sich immer nur noch um eine Erwartung und es ist sehr wohl zulässig, daß das Gesetz die Bedeutung der Tatsache der Verwirkung seiner Herrschaft unterstellt[2]). Der Tatbestand wird erst durch die Verwirkung vollzogen. Auf die vor dem 1. 1. 1900 verwirkten Strafen kann § 343 B.-G.-B. keine Anwendung finden, da die nicht herabsetzbare Strafe als mit dieser Qualifikation schon erworbenes Recht anzusehen ist, das durch das neue Recht nicht berührt wird[3]).

Nur da, wo das frühere Recht schon eine Herabsetzungsmöglichkeit gab, kann auch die vor dem 1. 1. 1900 verwirkte Strafe herabgesetzt werden.

---

[1]) Scherer E. G. S. 147; Habicht S. 250; Wagner bei Staudinger Bd. VI S. 216.

[2]) Rehbein S. 244.

[3]) Rehbein S. 243; Horrwitz S. 15.

Anhang.

1. Konkurrenzklausel und Handlungslehrling.

Nach § 76 Abs. I H.-G.-B. finden die Vorschriften der §§ 74 und 75 H.-G.-B. auch auf Handlungslehrlinge Anwendung. Dabei ist insbesondere auf § 74 Abs. III Rücksicht zu nehmen. Da die Handlungslehrlinge zum größten Teil minderjährig und die mit ihnen vereinbarten Konkurrenzklauseln deshalb nichtig sind, sollte man in der Praxis so gut wie nie Konkurrenzklauseln begegnen, die mit Handlungslehrlingen vereinbart sind. In der Tat werden aber noch in neuester Zeit derartige Klauseln, und zwar gerade häufig mit minderjährigen Handlungslehrlingen abgeschlossen in der Erwartung, die Lehrlinge würden bei ihrer Gesetzesunkenntnis durch die angedrohte Vertragsstrafe veranlaßt werden, die Klausel einzuhalten [1]).

Ist dagegen der Handlungslehrling volljährig und damit die Klausel für ihn bindend, so ist weiter in Betracht zu ziehen, daß der Lehrling im Zweifel kein Gehalt bezieht. Dadurch wird die Grenze, bei der die Billigkeit als überschritten zu erachten ist, noch erheblich enger gezogen werden, insbesondere werden auch hohe Vertragsstrafen von dem Richter stets herabgesetzt werden müssen, ja auf ein Minimum beschränkt werden, weil sie dem unbesoldeten Lehrling gegenüber stets als übermäßig erscheinen werden. Es fehlt an jedem Aequivalent, das für die Beschränkung der Arbeitsfreiheit gewährt wurde [2]).

---

[1]) vgl. Koslowski S. 21, 28, 33.

[2]) Fuld S. 127.

Es ist sehr natürlich, daß ein Lehrling während seiner Ausbildungszeit seine Stellung wechselt, um sich eine vielseitigere Ausbildung zu geben. Eine ihn eventuell bindende Konkurrenzklausel würde ihn in dieser Möglichkeit erheblich beschränken. Deshalb wäre es de lege ferenda mit Freude zu begrüßen, wenn die mit Lehrlingen abgeschlossenen Konkurrenzklauseln ohne Ausnahme für nichtig erklärt würden.

---

2. Konkurrenzklausel und Kaufmannsgerichte.

Nach dem bisherigen Rechte sind für die Ansprüche aus einer Konkurrenzklausel die ordentlichen Gerichte zuständig und zwar bei einem Streitgegenstand bis 300 M die Amtsgerichte, darüber hinaus die Landgerichte. Eine zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörige Klage aus der Konkurrenzklausel kann der Kläger sowohl bei der Zivilkammer wie bei der Kammer für Handelssachen anbringen. Jedoch muß das Gericht auf Antrag des Beklagten eine solche vor der Zivilkammer angebrachte Klage an die Kammer für Handelssachen verweisen, es sei denn, daß eine etwa vom Beklagten erhobene Widerklage nicht zur Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen gehört [1].

Da die Streitigkeiten betreffs der Konkurrenzklausel oft genug eine eingehende Kenntnis der internen kaufmännischen Verhältnisse und Einrichtungen erfordern, hat man schon lange nach der Errichtung kaufmännischer Sondergerichte gestrebt. Die Kammern für Handelssachen sind kein Ersatz dafür, denn die Beisitzer in denselben repräsentieren zwar die Prinzipalität, aber nicht die Gehülfen. Deshalb wurde die Errichtung von Gerichten angestrebt, welche durch ihre Zusammensetzung sowohl dafür Bürgschaft bieten, daß die kaufmännisch technischen Verhältnisse in zutreffender Weise und mit der erforderlichen Sachkunde Beurteilung finden, wie auch

[1] G. V. G. § 104.

dafür, daß nicht die einseitige Anschauung eines bestimmten Interesse-standpunktes die Oberhand gewinnt, wozu bei der Anwendung der auf die Konkurrenzklausel sich beziehenden Vorschriften bis zu einem gewissen Grade die Möglichkeit gegeben ist[1]).

Mit Freuden wurde daher in den davon betroffenen Kreisen das Gesetz v. 6. Juli 1904 betr. kaufmännische Gerichte begrüßt, durch welches für einen Teil der Handlungsgehülfen und -Lehrlinge der erhoffte neue Weg zur Verfolgung ihrer Rechtsansprüche geschaffen wurde. Nach diesem Gesetz müssen in allen Orten über 20000 Einwohner — nach der jeweilig letzten Volkszählung — Kaufmannsgerichte errichtet werden[2]), welche einen Juristen als Vorsitzenden und je einen Prinzipal und Handlungsgehülfen als Beisitzer haben. In Orten mit geringerer Einwohnerzahl als 20000 können solche Gerichte errichtet werden, auch können mehrere Orte zusammen ein gemeinschaftliches Kaufmannsgericht errichten.

Diese Gerichte sind zuständig[3]) zur Entscheidung bestimmter Streitigkeiten aus dem Dienst- oder Lehrverhältnis zwischen Kaufleuten einerseits und ihren Handlungsgehülfen oder Handlungslehrlingen andererseits, wozu auch nach § 5 Nr. 6 K.-G.-G. die Ansprüche aus einer Konkurrenzklausel gehören.

Ihre Zuständigkeit erstreckt sich aber nicht auf die in Apotheken beschäftigten Gehülfen und Lehrlinge sowie auf Handlungsgehülfen, deren Jahresarbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt den Betrag von 5000 M. übersteigt (§ 4 K.-G.-G.). Maßgebend ist für diese Frage der Betrag des Jahresarbeitsverdienstes des Gehülfen zur Zeit der Klageerhebung, wenn das Dienstverhältnis, aus dem geklagt wird, an diesem Zeitpunkt noch fortdauert; ist das Dienstverhältnis schon vor diesem Zeitpunkt beendet, so ist der Jahresarbeitsverdienst zu Grunde zu legen, den der Gehülfe bei Beendigung des streitigen Dienstverhältnisses bezogen hat[4]).

Für die übrigen Handlungsgehülfen und -lehrlinge, auch für die weiblichen, besitzen aber die Kaufmannsgerichte, wo solche bestehen,

[1]) Fuld bei Gruchot S. 581.
[2]) § 2 K. G. G.
[3]) § 1 K. G. G.
[4]) Kommissionsbericht zum K. G. G. S. 9 zitiert bei Apt S. 41.

Ausschließlichkeit (§ 6 Abs. I K.-G.-G.). Das Gesetz erklärt auch ausdrücklich Vereinbarungen, durch welche der Entscheidung des Kaufmannsgericht künftige Streitigkeiten, welche zu seiner Zuständigkeit gehören, entzogen werden, für nichtig (§ 6 Abs. II K.-G.-G.). Dagegen kann sehr wohl, statt des örtlichen zuständigen Kaufmannsgerichtes ein anderes örtlich nicht zuständiges als Gerichtsstand vereinbart werden[1]). Das Kaufmannsgericht hat seine Zuständigkeit von amtswegen zu prüfen; es kann die Sache auch an das zuständige ordentliche Gericht verweisen[2]).

Die Kaufmannsgerichte sind zuständig sowohl für die Ansprüche des Prinzipals wie die des Gehülfen, also z. B. für Klagen auf Herabsetzung und Feststellungsklagen über die Nichtigkeit der Konkurrenzklausel, für Klagen auf Zahlung der Strafe oder auf Erfüllung und Schadenersatz usw. Dabei ist die Höhe des Streitgegenstandes ganz gleich.

Zuständig ist dasjenige Kaufmannsgericht, in dessen Bezirk die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist oder sich die gewerbliche Niederlassung des Prinzipals befindet oder beide Parteien ihren Wohnsitz haben. Unter mehreren zuständigen Kaufmannsgerichten hat der Kläger die Wahl (§ 27 G.-G.-G.).

Entgegen der Ansicht von Fromm[3]) ist aus § 1 Abs. I K.-G.-G. zu folgern, daß auch ein evtl. Rechtsnachfolger vor dem Kaufmannsgerichte klagen bezw. verklagt werden kann, sofern nur der Anspruch „aus dem Dienst- oder Lehrverhältnis" stammt[4]). Dabei ist es gleichgültig, ob die Rechtsnachfolge auf Gesetz (Erbe, Konkursverwalter) oder auf Rechtsgeschäft (Zession, Schenkung) beruht. Sonst würde, wie Horrwitz mit Recht ausführt[5]), durch Zufall oder Willkür anstelle des ausschließlichen Kaufmannsgerichts ein Gericht anderer Art

[1]) Horrwitz S. 173; so darf die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts am Wohnsitz des Prinzipals vereinbart werden. (Gewerbe- und Kfmsgericht Bd. 11 S. 133 K. G. Kiel v. 21. 8. 1905.)

[2]) K. G. Liegnitz im Gewerbegericht Bd. 10 S. 365 v. 15. 8. 1905.

[3]) S. 87.

[4]) ebenso Apt S. 36; Biberfeld S. 7; Horrwitz a. a. O.; Staub S. 272; K. G. v. 29. 11. 1905 in R. O. L. G. Bd. 11 S. 418; vgl. auch Begründung zu der Gesetzesvorlage im stenogr. Bericht der Verhdlg. des Reichstages XI. Legisl. Periode, Anlagen Bd. I S. 722.

[5]) a. a. O.

gesetzt und die fundamentalste Absicht des Gesetzes vereitelt werden. Deshalb ist auch der völlig unbegründten Ansicht von Gräf[1]) entgegenzutreten, der die Kaufmannsgerichte nur dann für zuständig erachtet, wenn der Rechtsnachfolger ein Kaufmann bezw. ein Handlungsgehülfe oder -lehrling ist, im entgegengesetzten Falle aber die Klage vor die ordentlichen Gerichte verweist. Der klare Wortlaut des § 1 K.-G.-G. erfordert nur, daß die Streitigkeit aus dem Dienst- oder Lehrverhältnis zwischen diesen Personen stammt. Diese Eigenschaft ist demnach nur erfordert für die materielle Entstehung des Anspruches, nicht für die Personen der Prozeßparteien[2]).

Hervorzuheben ist noch, daß Rechtsanwälte und Personen, welche das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, weder als Prozeßbevollmächtigte noch als Beistände vor dem Kaufmannsgericht zugelassen werden[3]). Auch beträgt die Einspruchsfrist gegen Versäumnisurteile nur 3 Tage von der Zustellung derselben an. (§ 40 Abs. I G.-G.-G.)

Gegen die Urteile der Kaufmannsgerichte ist die Berufung an das Landgericht — und zwar nach § 71 G.-V.-G. an die Zivilkammer — zulässig, in dessen Bezirk das Kaufmannsgericht seinen Sitz hat. (G.-G.-G. § 55 Abs. II.) Die Berufung ist jedoch nur dann gegeben, wenn der Wert des Streitgegenstandes — und zwar zur Zeit des Erlasses des Urteils, nicht der Klageerhebung[4]) — den Betrag von 300 M übersteigt (§ 16 K.-G.-G. Abs. I.) Deshalb werden alle Endurteile des Kaufmannsgerichts bei einem Streitwert bis zu 300 M sofort rechtskräftig, ausgenommen Versäumnisurteile, die erst Rechtskraft erlangen, wenn die Partei, gegen welche dasselbe ergangen ist, nicht binnen 3 Tagen von der an sie bewirkten Zustellung des Urteils an Einspruch eingelegt hat (§ 40 G.-G.-G., § 705 Z.-P.-O.) Doch sind auch solche Urteile — ebenso wie die

[1]) S. 16.

[2]) Die Rechtslage bei den Gewerbegerichten ist in dieser Beziehung eine andere, weil § 1 des G. G. G. eine andere Fassung hat (vgl. Staub a. a. O.): „Streitigkeiten zwischen Arbeitern einerseits und ihren Arbeitgebern andererseits." Deshalb steht das Reichsgericht auch für die Gewerbegerichte auf dem entgegengesetzten Standpunkte. vgl. R. G. Bd. 51 S. 193 v. 15. 4. 1902 und Bd. 55 S. 265 v. 10. 7. 1903.

[3]) § 16 K. G. G. in Verbindung mit § 31 G. G. G.

[4]) ebenso Apt S. 134.

Urteile, gegen die Berufung zulässig ist, sofern der Gegenstand der Verurteilung aber höchstens 300 M beträgt — von amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären, es sei denn, daß glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. (§ 57 Abs. II—III G.-G.-G.)

Erscheint die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, auch in dem neuen Termine nicht, so gilt der Einspruch als zurückgenommen (§ 40 Abs. IV G.-G.-G.) Nach § 26 G.-G.-G. und §§ 495, 346 Z.-P.-O. finden für die Zurücknahme des Einspruchs die Vorschriften über die Zurücknahme der Berufung entsprechende Anwendung. Es ergibt sich deshalb nach § 515 Abs. III Z.-P.-O. für die Partei, die den Einspruch eingelegt hat, der Verlust des Einspruchs und die Verpflichtung, die Kosten, die durch den Einspruch entstanden sind, zu tragen. Auf Antrag des Gegners sind diese Wirkungen durch Urteil auszusprechen. Da dieses Urteil stets ein Versäumnisurteil ist, der Einspruch aber nach dem Ausgeführten dagegen nicht mehr statthaft ist, unterliegt dieses Urteil nach § 513 Abs. II Z.-P.-O. der Berufung insoweit, als dieselbe darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe, allerdings nach § 16 Abs. I K.-G.-G. nur, sofern der Streitwert 300 M übersteigt [1]).

Als weiteres Rechtsmittel gegenüber den Entscheidungen kommt die Beschwerde gegen die Entscheidungen vor, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wird. Hierüber entscheidet gleichfalls die Zivilkammer des Landgerichts (§ 71 G.-V.-G.). Der Wert des Streitgegenstandes ist auf die Zulässigkeit der Beschwerde ohne Einfluß. Gegen die Entscheidung des Landgerichts in Beschwerdesachen ist eine neue Beschwerde an den Zivilsenat des Oberlandesgerichts zulässig, falls in der Entscheidung ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. (Z.-P.-O. § 568 Abs. II).

Dagegen ist das Rechtsmittel der Revision gegen Urteile der Landgerichte in der Berufungsinstanz selbst da ausgeschlossen, wo

[1]) ebenso Gräf S. 68; a. M. Biberfeld S. 75, nach dem weder Einspruch noch Berufung gegen dieses Urteil gegeben ist. Er übersieht wahrscheinlich. daß nach § 346 Z. P. O. der § 515 Z. P. O. „entprechende" Anwendung findet, sodaß im § 515 Abs. III an Stelle von „Rechtsmittel" zu setzen ist „Einspruch".

der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 2500 M übersteigt, weil die Revision nur gegen Endurteile stattfindet, die von dem Oberlandesgericht in der Berufungsinstanz erlassen worden sind (Z.-P.-O. § 545). Im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung ist dieser Umstand zu bedauern. Er wird aber von den Beteiligten mit Rücksicht auf die großen Vorteile der neuen Rechtsordnung kaum schwer empfunden werden.

Die Kaufmannsgerichte haben vor den ordentlichen Gerichten den Vorzug, und darin liegt der Hauptwert für die Handlungsgehülfen, daß der außerordentlich einfache Geschäftsgang denselben Schnelligkeit und Billigkeit des Verfahrens gewährleistet.

Die Kaufmannsgerichte haben aber noch weitere Bedeutung dadurch erlangt, daß sie verpflichtet sind, auf eine gütliche Erledigung des Rechtsstreites hinzuwirken und diesen Sühneversuch bei der Anwesenheit der Parteien am Schlusse der Verhandlung zu wiederholen (§ 41 G.-G.-G.). Der Vorsitzende kann zu diesem Zwecke jederzeit das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen und durch Geldstrafen erzwingen (§ 42 Abs. I G.-G.-G.). In der Tat ergeben die, wenn auch nur spärlich in die Oeffentlichkeit gelangenden statistischen Nachrichten über die Tätigkeit der Kaufmannsgerichte, daß ein bedeutend größerer Prozentsatz der Prozesse durch Vergleich beendet wird, als bei den ordentlichen Gerichten.

Nach § 22 des K.-G.-G. war die Errichtung der Kaufmannsgerichte zum 1. 1. 1905 zulässig, an welchem Tage das Gesetz in seinem ganzen Umfang in Kraft getreten ist. Diese Errichtung geschieht durch ein von der höheren Verwaltungsbehörde genehmigtes, mit dem Tage der Bekanntmachung in Kraft tretendes Ortsstatut. Mit der durch den ordnungsmäßigen Erlaß dieses Statuts bewirkten Errichtung besteht das Gericht. Von diesem Tage an ist für alle seiner Zuständigkeit unterliegenden Klagen die ordentliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen. Streitigkeiten, welche anhängig geworden sind, bevor ein für sie zuständiges Kaufmannsgericht bestand, werden von den bis dahin zuständig gewesenen Gerichten erledigt (§ 21 K.-G.-G.). Ebenso bleiben die ordentlichen Gerichte nach Maßgabe der bisherigen Gesetze überall da zuständig, wo noch keine Kaufmannsgerichte bestehen.

Da das Kaufmannsgericht bereits mit der Bekanntmachung des Statuts besteht, die Besetzung des Gerichts und damit die Tätigkeit desselben aber naturgemäß erst nach diesem Zeitpunkte erfolgen kann, so ergibt sich eine gewisse Zeit, in der die zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte gehörigen Klagen vor kein Forum gebracht werden können, ein Uebelstand, der nur durch möglichste Beschleunigung der Besetzung gemildert werden kann [1]).

[1]) vgl. Fromm S. 83 Anm. 3 a; auch Bewer in D. J. Z. 1905 S. 207.

V.

Lebenslauf.

Ich, Alexander, Karl, Adolf Hartte, evangelischer Konfession, bin am 2. Mai 1884 zu Tiefensee (Kreis Delitzsch) als Sohn des Pastors Rafael Hartte und seiner Ehefrau, Magdalene, geb. Richter, geboren. Von Ostern 1889 an genoß ich Unterricht in den Dorfschulen von Tiefensee, Kapelle (Kreis Bitterfeld) und Schleibnitz (Kreis Wanzleben), sowie Privatunterricht bei meinem Vater, absolvierte sodann von Ostern 1895 ab die Quarta bis Oberprima des Pädagogiums zum Kloster Unser lieben Frauen in Magdeburg, welches ich Ostern 1902 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ostern 1902 bezog ich die königliche vereinte Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg auf 7 Semester zum Studium der Rechte. In dieser Zeit hörte ich die rechts- und staatswissenschaftlichen Vorlesungen der Herren Professoren bezw. Privatdozenten:

von Blume, von Brünneck, Conrad, Fr. Endemann, Finger, Fleischmann, Lastig, Löning, Rehme, J. Chr. Schwartz, Stammler, Wäntig.

Am 13. Januar 1906 bestand ich in Naumburg die erste juristische Prüfung. Meinen Vorbereitungsdienst trat ich am 3. Februar 1906 an und war nacheinander bei dem kgl. Amtsgericht Wanzleben, dem kgl. Landgericht und der kgl. Staatsanwaltschaft Magdeburg und einem Rechtsanwalt und Notar, Herrn Justizrat Dorendorf in Magdeburg, beschäftigt. Seit Oktober 1908 arbeite ich bei dem kgl. Amtsgericht Halle a. S.

Das Rigorosum bestand ich in Erlangen am 9. Februar 1909.

Es sei mir auch an dieser Stelle gestattet, einer hohen juristischen Fakultät zu Erlangen für das mir bewiesene Wohlwollen verbindlichst zu danken.